Lukrative Rechtsgeschäfte des Minderjährigen

(§ 107 B. G. B.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität

Rostock

vorgelegt

von

Alfred Hintze

aus

Berlin.

---

1 9 3 0

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0095

Lukrative Rechtsgeschäfte des Minderjährigen

(§ 107 B. G. B.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität

Rostock

vorgelegt

von

Alfred Hintze

aus

Berlin.

1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Henle.

Meinen Eltern
sowie meinem Onkel Willy Mummert

in Dankbarkeit!

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. I. A. Gruchot, Bd. 50, Berlin 1906.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Breit, James: Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte, Grundlegung. Leipzig 1903.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 8. Aufl. 1927.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts: I. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht. 1. Bd. Halle an der Saale 1902.

Deutsche Juristen-Zeitung. 1909.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I: Allgemeiner Teil (9. Aufl. 1903). II, 1.: Sachenrecht (8. bis 9. Aufl. 1905). II, 2.: Familienrecht (8. bis 9. Aufl. 1908).

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I, 1.: Allgemeiner Teil (11. Aufl. 1926). I, 2.: Recht der Schuldverhältnisse (10. Aufl. 1927).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 56, 60, 61, 68, 93, 108 (zitiert: RG.).

Fuchs, Eugen: „Die Konstruktion der Hypothek (Pandektologie oder Soziologie)" in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 14. Jahrgang 1920, S. 481 ff.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1903.

Haymann, Franz: „Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft (Ein Beitrag zur Causalehre)" in: Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 56, S. 86 ff.

Henle, Rudolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.

Höniger, Heinrich: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910.

Ihering, Rudolf: „Passive Wirkung der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte", in: Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 10, S. 387 ff.

Ihering, Rudolf: „Kritisches und exegetisches Allerlei." Kap. 4 in: Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 12, S. 347 ff.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 40 (zitiert KGE.).

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern, Bd. 14.

Juristische Wochenschrift. 1917.

Kistemaker, Heinrich: Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. §§ 104 bis 113 BGB. Dissertation. Erlangen 1909.

Kipp, Theodor: „Das Erbrecht" im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II, 3., 6. Aufl. Marburg 1926.

Kuhlenbeck, L.: Das BGB. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1903.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Loewenwarter, Viktor: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. Allgemeiner Teil. Berlin 1926. 3. Bd. Recht der Schuldverhältnisse: Besonderer Teil. Berlin 1928. 5. Bd. Familienrecht. Berlin 1929.

Manigk, Alfred: Willenserklärung und Rechtsgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1907 (zitiert Manigk, Willenserklärung).

Manigk, Alfred: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I (Allgemeiner Teil), Bd. III (Sachenrecht). 2. Aufl. Berlin 1896.

Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1., 6. Aufl. Berlin 1912.

Oertmann, Paul: Entgeltliche Rechtsgeschäfte. München 1912.

Oertmann, Paul: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1929.

Planck: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Berlin 1928. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin 1920.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. Allgemeiner Teil. Berlin 1898.

Reatz, C. F.: „Die Schenkung", in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1890.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. Bd. 18, 22, 24 (zitiert: OLG.).

Rehbein, H.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.

Reichel, Hans: Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). München 1909.

Reichsgerichtsrätekommentar. Bd. I, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928. Bd. II, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Schollmeyer, Friedr.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1. Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse. München 1900.

Sohm, Rudolf (Mitteis): Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. München und Leipzig 1923, herausgegeben von Wenger.

Staudinger, I. v.: Kommentar zum BGB. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 9. Aufl., 1925; 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl., 1929; 3. Bd., 2. Teil. Sachenrecht. 1926.

Strohal, Emil: „Schuldübernahme", in: Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 57., S. 222 ff.

Teuchert, Hans: Ueber die Rechtsstellung Minderjähriger bei Abschluß von Verträgen, insbesondere von Leihverträgen. Dissertation. Breslau 1923.

Tuhr, Andreas v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 1. Hälfte. München und Leipzig 1914.

Walsmann, Hans: Der Verzicht. Leipzig 1912.

Warneyer, Otto: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. 1917.

Weil, Gerhard: Können nach Deutschem Bürgerlichen Recht Minderjährige finden und wie ist ihre Rechtsstellung als Finder? Dissertation. Greifswald 1911.

Wolff, M. und Kipp, Th.: „Das Familienrecht", im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 2. Abt., 5. Aufl. Marburg 1925.

Wolff, Martin: Das Sachenrecht, im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Bd., 8. Aufl. Marburg 1929.

Paragraphen ohne weiteren Zusatz beziehen sich auf das BGB.

Gliederung.

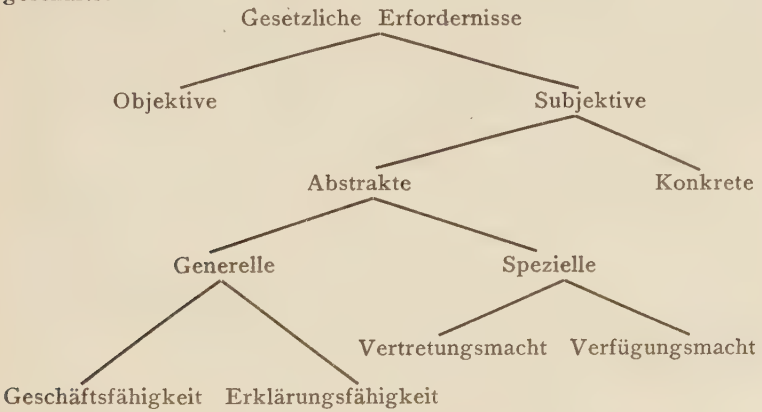
Seite

§ 1. Einleitung 13
§ 2. I. Entstehung der Vorschrift des § 107 BGB. 14
§ 3. II. Zweck der Vorschrift des § 107 BGB. 16
III. Anwendungsgebiet der Vorschrift des § 107 BGB. . 16
A. Vermögensrechtliche Geschäfte mit Wirkung für den Minderjährigen.
§ 4. 1. Reine Erwerbsgeschäfte 16
2. Schuldbegründende Geschäfte 17
§ 5. a) Gegenseitig verpflichtende Verträge 18
§ 6. b) Unvollkommen zweiseitige Verträge 19
c) Einseitig verpflichtende Verträge 22
§ 7. α) Schenkung 22
§ 8. β) Schenkung mit Nebenabreden 30
§ 9. d) Schuldübernahme 36
§ 10. 3. Uebertragungsgeschäfte 37
4. Aufhebungsgeschäfte 39
§ 11. a) Erfüllung 39
§ 12. b) Andere Aufhebungsgeschäfte 42
§ 13. 5. Sicherungsgeschäfte 43
§ 14. B. Für den Minderjährigen indifferente Geschäfte 44
§ 15. C. Familien- und erbrechtliche Geschäfte 45

§ 1.

Einleitung.

Nicht jedes Rechtsgeschäft ist gültig. Damit ein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt, damit der Rechtserfolg, auf den die Willenserklärung gerichtet ist, Bestand haben kann, ist nötig, daß es außer der Willenserklärung mit ihrem durch das Gesetz zugelassenen Inhalt auch gewissen Erfordernissen genügt. Diese Erfordernisse sind gesetzliche oder rechtsgeschäftliche (gewillkürte), je nachdem sie vom Gesetz aufgestellt sind oder ihre Aufstellung seitens der Parteien vom Gesetz zugelassen ist. Ich schließe mich der instruktiven Analysierung Henles[1]) an. Danach ergibt sich folgendes Schema für die gesetzlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts:



Die objektiven Erfordernisse interessieren hier nicht. Und von den subjektiven Erfordernissen ist im Rahmen dieser Arbeit nur auf das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit einzugehen. Die Geschäftsfähigkeit erscheint in obigem Schema als ein subjektives gesetzliches Erfordernis, und zwar abstrakt genereller Art, d. h., die Geschäftsfähigkeit ist ein gesetzliches Erfordernis des Rechtsgeschäfts, das für jedes Rechtsgeschäft notwendig ist. Die Geschäftsfähigkeit als Fähigkeit, Willenserklärungen mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen oder doch zu empfangen[2]), stellt auf ein bestimmtes Intelligenzniveau[3]) ab. Daher ergeben sich Anforde-

---

[1]) Henle, § 18 S. 110.
[2]) Henle, § 22 S. 157.
[3]) Breit, S. 8.

rungen: eine gewisse Altersreife und geistige Gesundheit. Wer diese Anforderungen nicht erfüllt, soll nicht als voll geschäftsfähig angesehen werden. So unterscheidet denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch neben den Personen, denen die volle Geschäftsfähigkeit zuteil wird, solche, die der Geschäftsfähigkeit völlig entbehren (§ 104), deren Willenserklärungen infolgedessen rechtlich völlig ohne Bedeutung sind (§ 105); und zwischen beiden als Uebergangsstadium eine Reihe von Personen (§§ 106, 114), die zwar ein unterstes Intelligenzniveau innehaben, aber immerhin nicht denjenigen Grad, welcher erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten zu können[4]). Das Gesetz muß auch den beschränkt Geschäftsfähigen einen Schutz verleihen.

Aufgabe der folgenden Untersuchung ist es nicht, klarzulegen, worin dieser Schutz besteht, sondern durch sie soll gerade umgekehrt gezeigt werden, wann dieser Schutz nicht nötig ist: wann im Falle des § 107 der beschränkt Geschäftsfähige so handeln kann, als ob er unbeschränkt geschäftsfähig sei. Es wird also einer der Fälle behandelt, in dem das Gesetz zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von einem der subjektiven gesetzlichen Erfordernisse absieht. Daß das nur eine ausdrücklich festgelegte Ausnahme ist, daß grundsätzlich also zur Gültigkeit von Rechtsgeschäften Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, zeigt sich darin, daß nur bei den beschränkt Geschäftsfähigen von diesem Erfordernis abgesehen wird[5]); Geschäftsunfähige können wegen Fehlens dieses Erfordernisses keine gültigen Rechtsgeschäfte abschließen.

Im folgenden wird grundsätzlich nur von Minderjährigen die Rede sein. Damit folge ich der Regelung des BGB., das in den §§ 106 bis 113 zunächst die rechtliche Stellung der Minderjährigen behandelt und dann im § 114 für die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten sowie für die nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten auf diese Regelung verweist. Minderjährigkeit im Sinne der folgenden Untersuchung bedeutet also dasselbe wie beschränkte Geschäftsfähigkeit schlechthin.

§ 2.

I. Entstehung der Vorschrift des § 107 B.G.B

Da § 107 BGB. die Grundlage für die folgenden Erörterungen bildet, sei zunächst seine Entstehungsgeschichte skizziert.

---

[4]) Mot. I, S. 131.

[5]) Die Geschäftsunfähigkeit der Kinder bis zu 7 Jahren ist eine ausnahmslose; selbst wenn ein lediglich rechtlicher Vorteil im Sinne des § 107 vorliegt, können sie doch nicht rechtswirksam allein handeln. Deshalb wurde auch in der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches ein Antrag abgelehnt, der Willenserklärungen Geschäftsunfähiger für gültig erklären wollte, „durch welche diese lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, sofern sie nur die erforderliche Einsicht haben". (Bericht der Reichstagskommission zu § 101 S. 24.)

Im Anschluß an ähnliche gesetzliche Regelungen[6]) erklärte der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Minderjährige, die das 7. Lebensjahr zurückgelegt haben, zur Vornahme von Rechtsgeschäften für fähig, durch welche sie lediglich Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten befreit werden. Der zweite Entwurf erhielt die Fassung, welche in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist. Von Interesse sind dabei die verschiedenen Anträge, die der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dem § 65 des Entwurfs (§ 107 BGB.) vorlagen.

Antrag 1: Der Minderjährige bedarf zur Abgabe einer Willenserklärung, durch welche er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

Antrag 2: Der Minderjährige bedarf zur Abgabe einer Willenserklärung, durch welche er nicht lediglich einen Rechtsvorteil erlangt, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Antrag 3: Ein Minderjähriger bedarf zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, welches zur Minderung oder Belastung seines Vermögens führen kann, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

In der Begründung, die die Kommission ihren Beschlüssen gab, wurde auf folgendes hingewiesen[7]):

Es wurde für überflüssig gehalten auszusprechen, für welche Rechtsgeschäfte der Minderjährige selbständig geschäftsfähig sei, da sich dies aus der Kennzeichnung der der Einwilligung bedürftigen Geschäfte ergebe. Der im Antrag 3 enthaltene Vorschlag, für einwilligungsbedürftig zu erklären solche Rechtsgeschäfte, welche zur Minderung oder Belastung des Vermögens des Minderjährigen führen können, wurde abgelehnt. Denn Antrag 3 sei zu eng und umfasse nur Verträge des Schuldrechts, so daß er von vornherein zahlreiche Bestimmungen des Familienrechts außer Betracht lasse. Die Kommission nahm jedoch an, daß keineswegs alle familienrechtlichen Rechtsgeschäfte von der Regel des § 65 auszunehmen seien. Das ist richtig[8]). Im übrigen schien der Kommission gegen die Fassung des Antrags 3 besonders die Erwägung zu sprechen, daß die empfohlene Fassung den Irrtum nahelege, es sei das Einwilligungserfordernis nach dem wirtschaftlichen Erfolge des einzelnen Geschäfts für das Vermögen des Minderjährigen bestimmend, während man doch gerade das wirtschaftliche Element aus den Erörterungen zu eliminieren suchte und nur den rechtlichen Erfolg einzig und allein für ausschlaggebend erachtete.

---

[6]) Vgl. das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 2, sowie das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch §§ 81, 182 II, 1911 und das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch §§ 244, 865.

[7]) Protokolle I, S. 59.

[8]) cf. dazu die näheren Ausführungen unten S. 45 ff.

§ 3.

II. Zweck der Vorschrift des § 107 B.G.B.

Die am Ende des vorigen Paragraphen gemachten Ausführungen lassen die Erwägungen, die den Gesetzgeber bei der Fassung des § 107 leiteten, erkennen. Wegen der geistigen Schwäche des Minderjährigen im Wirtschaftsleben muß der Minderjährige von der Rechtsordnung geschützt werden. Das Schutzprinzip ist der leitende Gedanke, auf den die Vorschrift des § 107 bezüglich der erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters hinzielt[9]). Wenn es nun nicht angebracht ist, daß dem Minderjährigen Schutz gewährt wird, sei es, weil die Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse den Schutz für verkehrshinderlich ansehen (§§ 112, 113), sei es, weil der Minderjährige allmählich daran gewöhnt werden muß, schon während der Dauer der Minderjährigkeit im Kleinen selbständig handeln zu können (§ 110), oder sei es, weil gar keine zu verhütenden Nachteile vorhanden sind (§ 107), dann läßt das Gesetz Ausnahmen von diesem Schutzprinzip zu. So bestimmt der § 107, daß der Minderjährige zu Willenserklärungen, durch welche er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht bedarf. Die Voraussetzungen, die zur Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit bestimmend waren, sind bei den lukrativen Geschäften nicht vorhanden; das Schutzprinzip ist hier überflüssig. Der Minderjährige wird für die Willenserklärungen, durch welche er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, so behandelt, als ob er unbeschränkt geschäftsfähig wäre.

III. Anwendungsgebiet der Vorschrift des § 107 B.G.B.

A. Vermögensrechtliche Geschäfte mit Wirkung für den Minderjährigen.

§ 4.

1. Reine Erwerbsgeschäfte.

Das Verhältnis der Geschäftsfähigkeit zur Aneignung ist sehr bestritten. Darüber ist man zwar im Ergebnis einig, daß die geschäftsbeschränkten Personen okkupieren können; aber in der Begründung weichen die einzelnen Schriftsteller voneinander ab. Der Streit ist demnach, was unsere Minderjährigen betrifft, nur ein konstruktiver[10]). Die einen[11]) sehen die Okkupation als ein Rechts-

[9]) Breit, S. 20.

[10]) Bedeutungsvoll wird er nur bei der Okkupation durch Geschäftsunfähige.

[11]) Breit, S. 260; Manigk, S. 537.

geschäft an, die andern[12]) als eine bloße Erwerbshandlung, als eine rein tatsächliche Handlung. Die Vertreter der letzten Ansicht meinen, daß der Okkupant eines juristisch qualifizierten Geschäftswillens nicht bedarf; der Wille zum Rechtserfolg sei nicht nötig. Dieser Auffassung möchte ich mich nicht anschließen. M. E. ist die Okkupation ein Rechtsgeschäft. Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. § 872. Und der Wille, eine Sache als Eigenbesitzer zu besitzen, bedeutet nichts anderes als der Wille, das Eigentum zu erwerben, wie er in § 929 verlangt wird.

Und da zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts ein Wille gehört, der auf rechtliche Wirkung gerichtet ist, ist der Erwerb des Eigenbesitzes Rechtsgeschäft, und somit ist auch die Okkupation als ein Rechtsgeschäft anzusehen.

Zur Okkupation[13]) bedarf der Minderjährige der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht, denn sie ist für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft[14]). Darüber herrscht, wie bereits hervorgehoben, in der Literatur kein Streit.

2. Schuldbegründende Geschäfte.

Alle Schuldverträge sind, wie sich aus dem Vertragsbegriff ergibt[15]), in ihrer Entstehung gegenseitig: sie setzen sich aus gegenseitigen Willenserklärungen zusammen. Betrachtet man aber nicht den Akt der Entstehung, die Vertragsschließung, sondern die Wirkung des Vertrages, so kann man nicht mehr allein von gegenseitigen Verträgen sprechen, sondern man muß unterscheiden:

1. Zweiseitige Verträge, besser gegenseitig verpflichtende Verträge; das sind solche Verträge, durch die sich jeder der Vertragschließenden eine Leistung versprechen läßt und als Entgelt eine Leistung verspricht. Siehe unten § 5 der Arbeit.
2. Unvollkommen zweiseitige Verträge; das sind solche Verträge, bei denen zwar der eine Kontrahent hauptberechtigt ist; aber es kann für ihn auch eine Verpflichtung vorkommen, die jedoch nicht als Entgelt seiner Berechtigung erscheint. Siehe unten § 6 der Arbeit.
3. Einseitig verpflichtende Verträge; das sind solche Verträge, bei denen nur der eine Kontrahent verpflichtet wird. Siehe unten §§ 7 und 8 der Arbeit.

---

[12]) Wolff, Sachenrecht, § 78 III S. 245; v. Tuhr, II 1 § 50 Anm. 148 S. 168; Planck, Anm. 2 zu § 958 S. 436.

[13]) Daß der Minderjährige nicht selbständig derelinquieren kann, bedarf keiner Erörterung.

[14]) Henle, § 22 IV 1a S. 165; Lehmann § 28 A III 2a S. 164/5; R. G. Räte, Anm. 2 zu § 107 S. 143; Planck, Anm. I 3a zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 430; Oertmann, Anm. 3e λ S. 349 und andere.

[15]) Henle, § 16 S. 100: „Vertrag ist Mehrheit gegenseitiger Willenserklärungen."

4. Als Besonderheit eines schuldbegründenden Vertrages ist ferner dann noch die Schuldübernahme anzuführen. Siehe unten § 9 der Arbeit.

Dieser Unterscheidung entsprechend sind die einzelnen schuldbegründenden Geschäfte daraufhin zu untersuchen, ob sie für Minderjährige lukrativ sind oder nicht.

§ 5.

a) Gegenseitig verpflichtende Verträge.

§ 107 stellt das Erfordernis auf, daß der Vorteil, den der Minderjährige durch seine Willenserklärung erwirbt, ein lediglich rechtlicher sein muß. Damit scheiden alle Rechtsgeschäfte, die naturnotwendig auf Seiten des Minderjährigen Verpflichtungen ergeben, aus. Als passendstes und daher immer wieder zitiertes Beispiel wird hierbei hingewiesen auf den von einem Minderjährigen selbständig abgeschlossenen Kaufvertrag eines Hauses, das 100 000 Mark wert ist, aber von dem Minderjährigen nur mit 10 000 Mark bezahlt werden soll. Ein für den Minderjährigen vorteilhaftes Geschäft liegt hier ohne Zweifel vor. Da aber der Minderjährige gleichzeitig Verpflichtungen übernimmt, liegt kein lediglich rechtlicher Vorteil vor. Mögen die Rechtsgeschäfte, die zugleich auch Verpflichtungen enthalten, für den Minderjährigen wirtschaftlich noch so günstig sein, ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters sind sie nicht voll wirksam, sie sind in der Schwebe (§ 108). Damit scheiden alle gegenseitig verpflichtenden Verträge aus der Reihe der lukrativen Rechtsgeschäfte aus.

Der Gesichtspunkt des lediglich rechtlichen — im Gegensatz zu wirtschaftlichen — Vorteils ist deshalb so sehr betont, weil die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts wegen der Verschiedenheit ihrer Bewertung, die sie von dem einzelnen finden, und wegen des Schwankens der wirtschaftlichen Werte infolge der wechselnden Konjunktur niemals allgemeingültig sind und niemals schon beim Abschluß des Geschäfts mit Sicherheit als vorteilhaft festgestellt werden können. Das Gesetz läßt es deshalb zur Vermeidung eines wirtschaftlichen Nachteils für den Minderjährigen nur auf das rechtliche Ergebnis des Rechtsgeschäfts ankommen, das sich schon nach der Natur und Art des Geschäfts von vornherein fest bestimmen läßt. Dabei ist aber zu beachten, daß die Fassung „lediglich rechtlicher Vorteil" stets dann anzunehmen ist, wenn die Rechte des Minderjährigen eine Vermehrung zu verzeichnen haben, ohne daß von den bisherigen Rechten, die dem Minderjährigen zustanden, eins aufgegeben werden muß oder wenigstens geschmälert wird.

Es scheiden deshalb bei der Betrachtung der lukrativen Rechtsgeschäfte alle die Geschäfte aus, die auf Seiten des Minderjährigen durch seine Willenserklärung eine oder mehrere Verpflichtungen begründen oder durch die er Rechte aufgibt. Unbestritten in der ganzen Literatur gehören u. a. dahin: Kauf- und Verkaufverträge ohne Rücksicht auf das Verhältnis des Wertes

der Sache zum Preis, §§ 433 ff., ebenso Tauschverträge, § 515, Mietsverträge, §§ 535 ff., Pachtverträge, §§ 581 ff., Dienstverträge, §§ 611 ff., Werkverträge, §§ 631 ff. u. a.

§ 6.

b) Unvollkommen zweiseitige Verträge.

Bestritten ist, ob der Leihvertrag für den Minderjährigen lediglich rechtliche Vorteile bringt oder nicht[16]). Ist der Minderjährige Verleiher, dann ergeben sich gemäß §§ 598, 599 für den Verleiher Verpflichtungen, die zum Inhalt des Leihvertrages gehören. Insofern ist also der Leihvertrag für den Minderjährigen nicht lukrativ. Das ist unbestritten.

Zweifel bestanden bis vor kurzem nur für den Fall, wenn der Minderjährige als Entleiher auftritt. Oertmann[17]), der in seiner früheren, zweiten Auflage die Ansicht vertrat, daß der Leihvertrag für den Minderjährigen als Entleiher lukrativ sei, führte zur Begründung seiner Ansicht folgendes aus: Die Rückgabepflicht des Entleihers ist kein rechtlicher Nachteil, sondern nur eine Einschränkung des rechtlichen Vorteils auf eine bestimmte Zeit. Der Minderjährige kann die ihm durch den Leihvertrag eingeräumten Rechte nur vorübergehend ausüben, im Gegensatz zur Schenkung, wo er sie dauernd ausüben kann. Im Verhältnis zum Schenkungsvertrage erhält er also ein Minus, das sich in der Rückgabepflicht äußert, gegenüber zeitlich uneingeschränkter Gebrauchsüberlassung, so daß nach dem Endergebnis der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil hat.

Diese Ansicht ist jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt worden. M. E. ist die Leihe wegen der im § 604 ausdrücklich festgelegten Rückgabepflicht kein lukratives Rechtsgeschäft. Die Rückgabepflicht ist eine Hauptpflicht und gehört mit zum Inhalt des Leihvertrages. Wäre sie nicht vorhanden, läge gar kein Leihvertrag vor.

Der Leihvertrag ist demnach nicht als lukratives Rechtsgeschäft anzusehen[18]).

Allen den bisher aufgeführten Fällen war gemeinsam, daß notwendigerweise für den Minderjährigen Verpflichtungen ent-

---

[16]) Obwohl bei der Leihe regelmäßig Verpflichtungen auf Gebrauchsgewährung und Rückgabe einander gegenüberstehen, ist die Leihe doch kein gegenseitiger Vertrag; denn die Verpflichtung des einen Kontrahenten ist kein Entgelt für die des andern; die Rückgabe ist nicht dafür versprochen, daß der Gebrauch gewährt wird (und umgekehrt): Enneccerus I 2 § 256 Anm. 3.

[17]) 3. Aufl. Anm. 3e ι zu § 107 S. 348 sieht den Leihvertrag jetzt auch als für den Minderjährigen nicht lukrativ an.

[18]) So auch die herrschende Meinung: Henle, § 22 IV 1a S. 164; Planck, Anm. 3c zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 430; Rehbein, Bem. I 3a zu §§ 104—115 S. 106; Dernburg, § 120 II 2 S. 358; Teuchert, S. 61; v. Tuhr, II 1 § 59 Anm. 34 S. 339.

standen, so daß deshalb keine lukrativen Rechtsgeschäfte vorhanden waren.

Diesen Fällen gleichzustellen sind nun aber auch diejenigen, bei denen für den Minderjährigen die Möglichkeit von Verpflichtungen besteht. Es sind dies diejenigen Akte, bei denen nach dem Schuldverhältnis an und für sich nur eine Partei berechtigt, die andere dagegen nur verpflichtet ist. Hier ist es möglich, daß nachträglich auch die verpflichtete Partei aus dem nämlichen Verhältnisse einen Anspruch, eine Gegenklage (die sogenannte actio contraria) erlangen kann, so daß also nunmehr der bisher nur Berechtigte auch verpflichtet wird. Das ist z. B. der Fall bei der unentgeltlichen Verwahrung und dem Auftrag.

Henle[19]) sieht den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag als ein lukratives Rechtsgeschäft an. Damit setzt er sich in Gegensatz zu v. Tuhr[20]), der aus § 690 schließen zu müssen glaubt, daß die unentgeltliche Verwahrung deshalb für den Minderjährigen als Hinterleger nicht als lukrativ angesehen werden kann, weil der Verwahrer für konkretes Verschulden bei Unmöglichkeit, Verzögerung der Leistung oder sonstiger Forderungsverletzung haftet und weil so eine „Gefährdung der Interessen des Hinterlegers" zu befürchten ist. Mit Recht sieht Henle in dieser Beweisführung v. Tuhrs keinen stichhaltigen Grund, die Lukrativität des Verwahrungsvertrages auszuschließen; denn diese „Gefährdung der Interessen" gehört nicht mit zum Inhalt des Verwahrungsvertrages. Wenn aber dann Henle fortfährt[21]): „Inhalt des Verwahrungsvertrages ist die Pflicht zur Verwahrung und Rückgabe: dem Hinterleger nur vorteilhaft," so möchte ich ihm hierin nicht beipflichten, da Henle hierbei etwas Wesentliches übersieht. Es ist richtig, daß der Verwahrer verpflichtet ist, die hinterlegte Sache zu verwahren und zurückzugewähren. §§ 688, 695 u. 697. Aber damit allein erschöpft sich nicht die Wirkung des Verwahrungsvertrages. Man muß vielmehr m. E. auch die Pflicht des Hinterlegers heranziehen, die hinterlegte Sache bei Auflösung des Verwahrungsvertrages zurückzunehmen. Meist wird diese Verpflichtung im Vertrage nicht erwähnt sein. Aber das ist ja auch nicht nötig. (Werden beim Kaufvertrag doch die einzelnen Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers auch nicht jedesmal einzeln aufgeführt.) Die Wirkung eines gewöhnlichen unentgeltlichen Verwahrungsvertrages geht dahin, daß der Verwahrer die hinterlegte Sache zu verwahren und zurückzugewähren, daß der Hinterleger die hinterlegte Sache zurückzunehmen hat. Denn nach § 696 kann ja der Verwahrer, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, d. h. also, § 696 gibt dem Verwahrer das Recht, die Rücknahme zu verlangen, und der Hinterleger muß sie dann zurücknehmen; er ist dazu verpflichtet. Und selbst wenn eine bestimmte Vertragsdauer vereinbart ist, kann der Verwahrer eine vorzeitige

19) § 22 Anm. 35 S. 165.

20) II 1 § 59 IV S. 339.

21) Siehe oben Anm. 19.

Rücknahme bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verlangen, und auch dann ist der Hinterleger zur Rücknahme verpflichtet, so z. B. bei anhaltender Krankheit des Verwahrers oder Verlust des Aufbewahrungsraumes. Und eben wegen dieser Rücknahmepflicht, die Wirkung des Verwahrungsvertrages ist, möchte ich die unentgeltliche Verwahrung für den Minderjährigen als Hinterleger nicht als lukrativ bezeichnen[22]). Nach § 697 erfolgt die Rückgabe der hinterlegten Sache an dem Ort, an dem die Sache aufzubewahren war; es ist also eine Holschuld[23]), und wenn der Hinterleger dieser sich aus §§ 696, 697 ergebenden positiven Verpflichtung nicht nachkommt, dann kommt er in Leistungsverzug und haftet dem Verwahrer daher nach Maßgabe der §§ 286 ff.[24]).

Auch die Rücknahmepflicht des Hinterlegers gehört demnach als positive Verpflichtung mit zum Verwahrungsvertrage. Ich möchte deshalb Henle folgendermaßen ergänzen: Wirkung des Verwahrungsvertrages ist auf Seiten des Verwahrers die Pflicht zur Verwahrung und Rückgabe, auf Seiten des Hinterlegers die Pflicht zur Rücknahme, und diese Rücknahmepflicht schließt die Lukrativität des Verwahrungsvertrages aus.

Weiter ist dafür, daß der Verwahrungsvertrag auf Seiten des minderjährigen Hinterlegers nicht als lukrativ anzusehen ist, anzuführen, daß für den Hinterleger gemäß § 693 die Verpflichtung entstehen kann, die vom Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung gemachten Aufwendungen zu ersetzen. Und da es der Zweck des § 107 ist, den Minderjährigen im Wirtschaftsleben zu schützen, muß der Minderjährige nicht nur gegen offenkundige Nachteile, sondern auch gegen die Möglichkeit von Nachteilen geschützt werden. Auch aus diesem Grunde ist demnach die Verwahrung nicht als lukrativ anzusehen; der Minderjährige als Hinterleger bedarf zu ihrer Vornahme der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Dasselbe gilt auch für den Auftrag.

Hier können sich für den Minderjährigen Verpflichtungen ergeben gemäß § 669 zur Vorschußleistung oder gemäß § 670 zum Ersatz der vom Beauftragten gemachten Aufwendungen. Auch hier

---

[22]) v. Tuhr II 1, § 59 IV S. 339 (allerdings mit anderer Begründung); RG. Räte, Anm. 2 zu § 107 S. 143; Planck, Anm. 3c zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 415 (letztere ohne jede Begründung).

[23]) Auch wenn der Gesetzgeber eine Bringschuld konstruiert hätte, würde ebenfalls Leistungsverzug eintreten.

[24]) RG. Räte, Anm. 2 zu § 696 S. 352; Staudinger, Anm. 2 zu § 696 S. 1167; Planck, Anm. 2 zu § 696 S. 1242; Oertmann, Anm. 3 zu § 696 S. 1106; Enneccerus I, 2 § 390 Anm. 3 S. 509; Cosack, § 216 IV 3d S. 709; a. A. nur Goldmann-Lilienthal, § 191 Anm. 23 S. 717, der ohne jede Begründung meint, daß dem Verwahrer durch die Vorschrift des § 696 kein klagbares Recht auf Rücknahme der Sache gegeben sei, so daß der Hinterleger bei Nichtannahme also nur in Annahmeverzug komme.

ist demnach die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu fordern[25]).

c) Einseitig verpflichtende Verträge.

§ 7.

α) Schenkung.

I. Es ist zunächst festzustellen, daß es Rechtsgeschäfte, die auf Seiten des einen Kontrahenten überhaupt keine Verpflichtungen hervorbringen können, in unserem Recht nicht gibt. Ich verweise allein auf die Schenkung, deren charakteristisches Kennzeichen es ist, daß hier eine Leistung aus dem Vermögen des einen gemacht wird, ohne daß dafür eine Gegenleistung erbracht zu werden braucht. An sich also ein typisches Beispiel dafür, daß auf Seiten des Beschenkten gar keine Verpflichtungen bestehen. Und doch kann der Beschenkte evtl. nach Maßgabe der §§ 528, 530 verpflichtet sein, das Geschenkte herauszugeben, wenn der Schenker einem gewissen Dürftigkeitsgrad verfallen ist, oder wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig gemacht hat. Man kann also nicht ohne weiteres den Satz aufstellen, daß der rechtliche Vorteil jede Verpflichtung ausschließe. In diesem Sinne möchte ich feststellen, daß es „lediglich" rechtliche Vorteile nicht gibt. Immer sind Verpflichtungen oder doch die Möglichkeit von Verpflichtungen vorhanden. Aber die Verpflichtungen sind, und insofern wiederum ist der Begriff des „lediglich" rechtlichen Vorteils doch keine Unhaltbarkeit, verschieden anzusehen, nämlich ob sie zum Inhalt bzw. zum Zweck des Vertrages gehören oder nicht. Gehören sie nicht zum Inhalt oder zum Zweck des Vertrages, schließen sie die Lukrativität nicht aus.

Die Verpflichtungen der §§ 528, 530 auf Herausgabe des Geschenkten gehören dem Schenkungsvertrag als solchem nicht an, sie gehören nicht zum Inhalt des Schenkungsvertrages, auch nicht zu seinem Zweck. Daher kann der Minderjährige trotz der Möglichkeit des Entstehens seiner solchen Verpflichtung doch selbständig ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters Schenkungen annehmen[26]).

Das gilt auch, wenn innerhalb der Familie Schenkungen gemacht werden, um die Gläubiger zu benachteiligen. Hier erhebt sich die Frage, ob ein solcher Schenkungsvertrag, wenn er zwischen dem Vater und dem minderjährigen Sohn abgeschlossen wird, sofort voll wirksam wird wegen des lukrativen Charakters der Schenkung oder ob es hierzu erst der Bestellung eines Pflegers durch das Vormundschaftsgericht bedarf, der den Vertrag für den

---

[25]) Siehe oben Anm. 22.

[26]) So auch die herrschende Meinung; RG. Räte, Anm. 2 zu § 107 S. 143; Planck, Anm. 3a zu § 107 S. 244; Dernburg I zu § 120 Anm. 3 S. 358 u. a.

beschränkt Geschäftsfähigen genehmigt, da ja die Möglichkeit besteht, daß nach dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung diese Schenkung angefochten wird. Eine in der juristischen Monatsschrift für Posen[27]) mitgeteilte Entscheidung des OLG. Königsberg verlangt in derartigen Fällen allgemein die Genehmigung durch einen gesetzlichen Vertreter. Ich kann dem nicht zustimmen. Es ist richtig, daß vielfach derartige Verträge dem Beschenkten wirtschaftlich keine Vorteile gewähren, da im Falle der Anfechtung die geschenkten Gegenstände wieder dem Schenker zurückzugewähren sind. Diese Verpflichtung, von der noch nicht einmal sicher ist, ob sie überhaupt eintritt, ist jedoch nicht zu verwechseln mit dem Rechtsakt der Schenkung selbst; dieser bringt lediglich rechtliche Vorteile. Die Verpflichtung, die Gegenstände zurückzugeben, berührt den Inhalt des Schenkungsvertrages nicht. Es liegt hier genau so wie bei der Rückgabepflicht gemäß §§ 528, 530. Wäre dem nicht so, könnten sich niemals Ehegatten, von denen der eine minderjährig ist, gegenseitig Schenkungen machen, da ja Schenkungen unter Ehegatten, die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Konkurses bzw. Erhebung der Anfechtungsklage gemacht werden, stets der Anfechtung unterliegen. Binnen zwei Jahren können sich die Verhältnisse innerhalb der Familie so ändern, daß man zur Zeit des Abschlusses des Schenkungsvertrages an einen Konkurs nicht dachte. Und mit Rücksicht auf diese eventuelle Verschlechterung der Verhältnisse müßten, wenn dem OLG. Königsberg zuzustimmen wäre, alle diese Schenkungen der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Ehegatten unterliegen. Die Begründung, die das OLG. Königsberg seiner Entscheidung gibt, daß dem Minderjährigen dadurch Nachteile erwachsen könnten, daß er einen Prozeß mit all seinen Lasten und Kosten führen müsse, ist m. E. nicht stichhaltig. Dieser Gefahr kann er ja dadurch entgehen, daß er den geschenkten Gegenstand ohne Prozeß zurückgibt. Der rechtliche Vorteil bestand dann eben darin, daß ihm in der Zwischenzeit das Eigentum mit all seinen Vorteilen, die ja nicht zurückzugewähren sind, zustand.

Die Annahme von Schenkungen bedarf sonach ungeachtet dieser Verpflichtungen, die nicht zum Inhalt des Vertrages gehören, niemals der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[28]).

II. Näherer Erläuterung bedarf die Schenkung von Grundstücken an Minderjährige.

A. Neumann[29]) will die Schenkung von Grundstücken an Minderjährige in ihrer rechtlichen Wirksamkeit immer von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig machen; denn mit der Auflassung übernehme der Minderjährige auch öffentliche Lasten, die er entrichten müsse, ob er wolle oder nicht. Zu diesem Resultat, das im Grunde nur eine Durchführung des Gedankens ist,

---

[27]) Bd. 14 S. 27.

[28]) Bezüglich des gerichtlich oder notariell zu beurkundenden Schenkungsversprechens siehe nähere Ausführungen unten S. 41 ff.

[29]) Anm. 1b zu § 107.

daß der lediglich rechtliche Vorteil eine Ausschließung jeglicher Verpflichtung in sich berge, haben die meisten Schriftsteller keine Stellung genommen; man hat scheinbar die Unrichtigkeit dieses Resultates und die Uebertreibung des Gedankens des § 107 empfunden. Das Bayerische Oberste Landesgericht weist in einer seiner Entscheidungen[30]) mit Recht darauf hin, daß die Pflicht zur Tragung öffentlicher Lasten eine Wirkung des Besitzes oder Eigentums ist und nicht zum Inhalt des Rechtsgeschäfts der Schenkung, auch nicht zur Auflassung gehört. Und deshalb hindert ihr Vorhandensein nicht, daß der Minderjährige selbständig ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters die Schenkung eines nur mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen belasteten Grundstückes annehmen kann.

B. Dieselben Erwägungen sind anzustellen bei den sogenannten „gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen", unter denen z. B. die Verpflichtung zur Duldung des Anbringens von Straßenlaternen an Häusern oder von Masten auf Grundstücken zur Leitung des elektrischen Stromes über Land zu nennen sind; oder die Verpflichtung, die Ausübung eines Rechts zu unterlassen, das nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen; oder die Verpflichtungen, die dem Nachbarrecht entspringen und im BGB. näher aufgeführt sind[31]). Diese gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind dem Eigentumsbegriff allmählich immanent geworden. Man faßt sie jetzt gar nicht mehr als Verpflichtungen auf, sondern als Einschränkungen des Eigentums, das nicht frei entfaltet werden kann.

C. Wie liegt es ferner, wenn einem Minderjährigen ein Grundstück geschenkt wird, das schon mit dinglichen Rechten belastet ist, die der Schenker oder ein anderer Rechtsvorgänger[32]) dem Dritten vertraglich zugestanden haben?

Ich glaube hier als Regel den Satz aufstellen zu können, daß ein Minderjähriger mit dinglichen Rechten belastete Grundstücke ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schenkweise erwerben kann.

Das ist im einzelnen näher auszuführen.

Die dinglichen Rechte sind durch die Gesetzgebung fest umgrenzt, so daß jedes Recht daraufhin geprüft werden kann, ob es nachteilig für den Minderjährigen wirkt oder nicht.

1. Die Dienstbarkeiten.

Sie zerfallen in Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten. Im wesentlichen unterscheiden sich beide dadurch, daß

[30]) OLG. 18/212; DJZ. 1909/1272.

[31]) §§ 905—909.

[32]) Bezüglich des Eigentumserwerbes an Grundstücken, die nicht auf Grund einer Schenkung dem Minderjährigen zugewendet werden, gilt wegen der abstrakten Natur der Uebereignung dasselbe wie vom Eigentumserwerb auf Grund einer Schenkung. Siehe dazu nähere Ausführungen unten S. 38 f.

bei der persönlichen Dienstbarkeit die an dem dienenden Grundstück zu begründenden Rechte dem Vorteil einer bestimmten Person zu dienen bestimmt sind, § 1090, während das Wesen der Grunddienstbarkeit darin besteht, daß zugunsten eines Grundstückes, insbesondere zu dessen wirtschaftlichem Nutzen begrenzte Rechte an einem anderen Grundstück begründet werden, § 1018. Im übrigen haben beide vieles Gemeinsame, so daß deshalb auch in § 1090 II ausdrücklich einzelne Bestimmungen der Grunddienstbarkeit auf die persönliche Dienstbarkeit für anwendbar erklärt werden.

Während die Reallast in § 1105 auf die Entrichtung wiederkehrender Leistungen, also auf ein positives Tun gerichtet ist, handelt es sich hier bei den Dienstbarkeiten um ein Unterlassen[33]) [34]) insofern, als der Eigentümer des dienenden Grundstücks zugunsten des Berechtigten in einzelnen Beziehungen in der tatsächlichen Ausübung der aus dem Eigentum folgenden Befugnisse eingeschränkt wird. Wenn ein Minderjähriger ein in dieser Weise belastetes Grundstück erwirbt, so erlangt er durch den unentgeltlichen Erwerb nur rechtliche Vorteile. Er erlangt Eigentum, das er allerdings nicht in jeder Beziehung ausnutzen und wirtschaftlich verwerten kann, das ihn sogar zu gewissen Unterlassungen verpflichtet. Diese Verpflichtungen erscheinen aber nicht als rechtliche Nachteile; denn die aus dem Eigentum fließenden Rechte, die einem Dritten zustehen und die Verpflichtung bedingen, haben ja von Anfang an nicht dem Minderjährigen zugestanden, so daß er sie also nicht verloren hat. Erwirbt er sie durch Untergang des dinglichen Rechts, so erweitert sich sein Eigentum als Einheit. Erwirbt er sie mit der Eigentumsübertragung nicht, so erlangt er nicht einen rechtlichen Nachteil, sondern nur eine Einschränkung seines Eigentums.

Anders dagegen, wenn zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück gehört. Da dann bestimmt sein kann, daß der Eigentümer dieses Grundstückes die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert, besteht hier die Dienstbarkeit in einem positiven Tun. Und da auf Grund des § 1021 II das belastete Grundstück für die Leistung haftet und gemäß § 1108 der Eigentümer des belasteten Grundstücks hierfür auch persönlich, besteht hier eine rein rechtliche Verpflichtung, die zum Inhalt des Vertrages gehört.

2. Der Nießbrauch.

Wesensverwandt mit den Dienstbarkeiten ist der Nießbrauch. Während aber bei jenen nur eine oder die andere Nutzung zugewiesen wird, steht bei dem Nießbrauch die Gesamtheit der Nutzungen dem Nießbraucher zu. Einzelne Nutzungen können gemäß § 1030 II ausgeschlossen werden, ohne daß dadurch der rechtliche Charakter des Nießbrauchs geändert wird. Ein Minderjähriger,

---

[33]) Motive III, S. 475.

[34]) Eine Ausnahme hiervon gilt nur in § 1021 für die Unterhaltung einer Anlage.

dem das Eigentum eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks schenkungsweise übertragen wird, hat zwar als Eigentümer zur Zeit keinen Vorteil von dem Erwerb. Aber rechtlich erlangt er auch hier einen beträchtlichen Zuwachs zu seinem bisherigen Vermögen, nämlich das Eigentum. Daß er die Nutzungen des Grundstücks nicht ziehen kann, ist auch hier kein rechtlicher Nachteil, sondern nur eine Einschränkung des Vorteils.

3. Das Erbbaurecht.

Dieselben Gründe wie bei den Dienstbarkeiten und dem Nießbrauch lassen es auch angebracht erscheinen, den Rechtserwerb eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks durch einen Minderjährigen von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unabhängig zu machen. Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, an einem Grundstück, auf oder unter seiner Oberfläche, ein Bauwerk zu haben[35]). Es bringt dem Eigentumserwerber keinerlei rechtliche Nachteile, sondern nur Einschränkungen des Eigentums.

4. Die Reallast.

Anders ist dagegen bei der Reallast zu entscheiden. Sie ist das Recht, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. § 1105. Die Reallast ist ein rein deutsch-rechtliches Institut; dem deutschen Recht waren derartige Leistungen aus Grundstücken in den verschiedensten Formen bekannt, z. B. Zehnten, Frohnden, Altenteil u. a., die sich noch vielfach in den Partikulargesetzgebungen fanden. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können die Leistungen in vertretbaren (Geld, Rüben) oder nichtvertretbaren Sachen (Porzellanerde), sowie in der Leistung von Diensten bestehen, z. B. die Unterhaltung eines Weges, die Haltung einer Fähre, die Beleuchtung einer Straße, das Aufziehen einer Turmuhr u. a. m. Wenn auch alle diese Leistungen an sich nur aus dem Grundstück selbst zu entrichten sind, so verpflichten sie doch den Eigentümer stets zu einem positiven Tun, zu einem persönlichen Tätigwerden[36]). Allein diese Erwägungen genügen schon, um den Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils im Sinne des § 107 aufzuheben, falls ein mit einer Reallast belastetes Grundstück durch Schenkung in das Vermögen des Minderjährigen übergeht. Dazu kommt aber noch als weiterer einschneidender Grund die Bestimmung des § 1108, wonach grundsätzlich der jeweilige Eigentümer für die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen persönlich haftbar ist. Hierdurch schwebt der Eigentümer in Gefahr, daß zur Befriedigung der Forderungen des Be-

---

[35]) § 1012 bzw. § 1 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919.

[36]) Nie kann die Verpflichtung an einer Unterlassung Gegenstand einer Reallast sein.

rechtigten auch das Privatvermögen des Eigentümers mit herangezogen wird. Deshalb ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks stets zu fordern.

5. Die Hypothek.

An letzter Stelle ist die Einwirkung der Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek auf die Schenkungsverträge zu untersuchen. Das Wesen der Hypothek besteht darin, daß an einem Grundstück ein dingliches Recht bestellt wird, das dem Berechtigten die Befugnis gibt, sich wegen seiner Forderung aus dem Grundstück zu befriedigen. „Allerdings ist er nach § 1147 gezwungen, sich der Vermittlung der Vollstreckungsbehörde zu bedienen, wozu er wiederum eines vollstreckbaren Titels gegen den Grundstückseigentümer bedarf. Letzteres ändert aber nichts daran, daß die Hypothek ein Recht an einem Grundstück ist, kein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Grundstückseigentümer, der diesen zu einer Leistung im Sinne des § 241 verpflichtete, sei es auch nur mit Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück[37])."

Die Entstehung einer Hypothek in der Person eines Dritten setzt stets auch das Bestehen einer Forderung voraus, die eben für den Gläubiger noch dadurch gesichert sein soll, daß ihm zur eventuellen Befriedigung der Wert eines Grundstücks zur Verfügung steht. Es bestehen demnach Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner einerseits, sowie zwischen Gläubiger und Grundstück andererseits. Ob dabei der Schuldner gleichzeitig auch Eigentümer des Grundstücks ist, ist ohne Bedeutung. Meist wird es so sein, aber das Gesetz nimmt sogar vielfach[38]) als Normalfall an, daß Schuldner und Grundstückseigentümer verschiedene Personen sind, daß insbesondere bei der Rechtsnachfolge in ein Grundstück der Veräußerer vom Gläubiger als persönlicher Schuldner nicht entlassen wird, so daß dieser als persönlicher Schuldner forthaftet, während der neue Erwerber und nunmehrige Eigentümer des Grundstücks nur die dingliche Haftung trägt[39]). Es ist unter diesen Umständen der im § 1113 festgelegte Begriff der „Zahlung aus dem Grundstück" nur dahin zu verstehen, daß der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger verwandt wird[40]), daß insoweit dem Eigentümer die Rechte zur wirtschaftlichen Verwertung genommen sind und er verpflichtet ist, aus diesem Grunde die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände (§§ 1120 bis 1131) zu dulden.

Es besteht für den Eigentümer eben nur eine Duldungspflicht, keine Zahlungspflicht, (höchstens ein Zahlungsrecht[41]).

---

[37]) RG. 93/236.

[38]) Z. B. §§ 1142, 1143, 1145, 1149, 1164, 1166.

[39]) Staudinger III, Vorbemerkungen vor § 1113 IX S. 965.

[40]) RG. 56/324.

[41]) Endemann II, 1. § 112 Anm. 17 S. 704; Staudinger III zu § 1113 Anm. 1 1a α S. 978.

Eugen Fuchs[42]) behauptet nun, eine auf die Haftung mit dem Grundstück beschränkte Zahlungspflicht des Eigentümers als solchen feststellen zu können. Das ist jedoch falsch Insbesondere ist es ein Irrtum, aus § 1146 eine persönliche Zahlungspflicht abzuleiten, da diese Vorschrift nur bestimmt, daß dem Gläubiger aus dem Grundstück Verzugszinsen „gebühren", wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner sonst in Verzug kommt. Es wird in § 1146 lediglich eine einzige Verzugsfolge dem Eigentümer aufgebürdet, weshalb der vorsichtige Gesetzgeber auch die Wendung „gebühren" gebraucht und die übliche Ausdrucksweise „verpflichten" vermieden hat.

Es besteht also für den Eigentümer nur eine Duldungspflicht. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Duldungsanspruch bei der Hypothek und den oben behandelten Rechten an einem Grundstück besteht für den Eigentümer darin, daß er bei diesen ununterbrochen bestimmte Rechte entbehrt, während er bei jenem das Grundstück in jeder Weise wirtschaftlich ausbeuten kann und auch rechtlich frei darüber verfügen darf, soweit nicht gerade dingliche Rechte entgegenstehen, daß er aber dadurch das Eigentum vollständig wieder verlieren kann, daß er die Zwangsvollstreckung dulden muß. Der Eigentümer hat infolgedessen die Befugnis verloren, von der Verfügung über sein Grundstück jeden Dritten auszuschließen, und hierdurch wird sein Eigentum vom Augenblick des Erwerbes an objektiv gemindert. Neben dem Veräußerungsrecht des Eigentümers hat jetzt auch noch der Pfandgläubiger selbständige Rechte, d. h. materielle, im Umfang des Eigentums liegende Befugnisse an der Sache. Eine solche Minderung des Eigentums ist aber kein rechtlicher Nachteil, sondern nur wie bei den oben bereits behandelten dinglichen Rechten eine Einschränkung des Eigentums: es fehlt eben, wenn einem Minderjährigen ein mit Hypotheken belastetes Grundstück schenkweise zugewendet wird, dem minderjährigen Erwerber von Anfang an das Recht, jeden Dritten von seinem Eigentum auszuschließen. Der rechtliche Vorteil besteht darin, daß er Eigentum an einem Grundstück erwirbt (mag das Eigentum auch um ein Recht gemindert sein), daß für den Fall des Untergangs der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung ihm selbst die Hypothek zufällt (§§ 1163 u. 1177) und ihm dann so alle Rechte eines freien Eigentümers zustehen. Von besonderer Bedeutung ist aber noch, daß durch die hypothekarische Belastung das „sonstige" Vermögen des Minderjährigen niemals gemindert werden kann, sondern vollständig unberührt bleibt.

Selbstverständliche Voraussetzung für die bisherigen Erörterungen ist, daß der Minderjährige nicht auch persönlicher Schuldner des Hypothekengläubigers wird. Denn sobald auch die persönliche Haftung des Minderjährigen begehrt wird, sind selbstverständlich, wie bei jeder Schuldverpflichtung, rechtliche Nachteile verknüpft.

Zu demselben Ergebnis wie bei einem mit einer Hypothek

---

[42]) Leipziger Zeitschrift 1920 S. 841.

belasteten Grundstück komme ich auch bei dem mit einer Grundschuld belasteten Grundstück, das einem Minderjährigen schenkungsweise übertragen wird. Während bei der Hypothek eine zu sichernde Forderung vorausgesetzt wird, neben dem Grundstück also noch eine Person mit ihrem ganzen Vermögen haftet, fehlt bei der Grundschuld jede persönliche Haftung. Das Grundstück dient nicht mehr in erster Linie als Sicherungs-, sondern als Befriedigungsmittel. Hier wird deshalb in den meisten Fällen, wenn der Schuldner nicht persönlich die laufenden Verpflichtungen (Zinszahlung) erfüllt, schon bald nach Vollzug der Schenkung im Wege der Zwangsvollstreckung das Eigentum verloren gehen. Dabei ist auch hier wie bei der Hypothek eine Einwirkung auf das sonstige Vermögen dem Grundschuldgläubiger untersagt. Die rechtlichen Vorteile bestanden auch hier in dem Eigentumsrecht, das gemindert war um das Recht eines Dritten, sich aus dem Grundstück bezahlt zu machen.

III. Schließlich ist noch zu erwähnen, wie es mit der Schenkung von Sachen steht, die der Schenker augenblicklich nicht im Besitz hat.

Ist ein Dritter im Besitz einer Sache, die dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, kann Eigentum in der Weise übertragen werden, daß man sich einig ist über den Eigentumsübergang und der Minderjährige als Beschenkter den Herausgabeanspruch an den Dritten abgetreten erhält. § 931. Eine solche Schenkung bedarf nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Sie bringt nur Rechte: das Eigentum und einen Herausgabeanspruch gegen den Dritten. Daß der Minderjährige augenblicklich die so geschenkte Sache nicht wirtschaftlich ausnutzen kann, ist kein rechtlicher Nachteil.

Weiter ist denkbar, daß es dem Schenker infolge rechtlicher Beziehungen zu einem Dritten nicht möglich ist, die Sache sofort herauszugeben, sondern daß zwischen ihm und dem Dritten ein Rechtsverhältnis besteht, kraft dessen der Dritte auf Grund dieses „Rechts zum Besitze" den Herausgabeanspruch des Eigentümers erfolglos machen kann. Ein Schenkungsvertrag mit einem Minderjährigen kann dann in der Form der Abtretung des Herausgabeanspruchs geschlossen werden. Hier gewährt § 986 II dem Dritten, dem ein schuldrechtliches Besitzrecht gegenüber dem Veräußerer zur Seite steht, ebenfalls gegenüber dem Minderjährigen Schutz[43]): Macht der Minderjährige seinen Herausgabeanspruch geltend, kann der Dritte ihm die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Die Stellung des Dritten dem Minderjährigen gegenüber ist ungefähr dieselbe wie die Stellung eines Schuldners gegenüber dem Zessionar[44]). Der Herausgabeanspruch, den der Minderjährige durch den Schenkungsvertrag erlangt, ist für ihn lediglich

[43]) RG. 109/130.
[44]) RG. Räte zu § 986 Anm. 4 S. 313.

rechtlich vorteilhaft; die Einwendungen, die der Dritte ihm gegenüber geltend machen kann, sind nicht als Nachteile anzusehen, sondern sind nur eine Einschränkung des Vorteils, den der Minderjährige durch den Herausgabeanspruch erlangt. Vor allem tritt der Minderjährige nicht in die Verpflichtungen ein, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Schenker ergeben: vertragliche Beziehungen zwischen Minderjährigem und Dritten bestehen nicht. Es können demnach auch hier keine Nachteile gefunden werden. Ein Schenkungsvertrag, der die Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Inhalt hat und bei dem der Dritte kraft eines zwischen dem Schenker und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses berechtigt ist, noch eine bestimmte Zeit Besitz zu behalten, ist demnach als lukrativ anzusehen; der Minderjährige bedarf zur Wirksamkeit eines solchen Vertrages nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

§ 8.

β) Schenkung mit Nebenabreden.

Häufig wird es vorkommen, daß Schenkungen von dem Schenker Bestimmungen hinzugefügt werden, daß der Empfänger des geschenkten Gegenstandes zu einer Leistung verpflichtet sein soll. In diesem Abschnitt ist zu untersuchen, wie diese Bestimmungen sich für den Minderjährigen auswirken, d. h. ob trotz dieser Verpflichtungen für den Minderjährigen ein lukratives Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht.

I. Die Schenkung unter einer Auflage.

Die meisten Schriftsteller[45]) stellen den allgemeinen Satz auf, daß die Schenkung unter einer Auflage dem Minderjährigen Verpflichtungen bringt, nämlich die Auflage zu erfüllen, und daß deshalb der Minderjährige der selbständigen Vornahme dieses Rechtsgeschäfts nicht fähig ist. Dieser Satz kann aber m. E. nicht in dieser Allgemeinheit als richtig angesehen werden.

Zur Begründung ist die Rechtsnatur der Schenkung unter einer Auflage heranzuziehen.

Höniger[46]) sieht in der Schenkung unter einer Auflage gemeinschaftliche Merkmale mit der Entgeltlichkeit; denn die Grundsätze, die er für die Entgeltlichkeit aufgestellt hat, findet er auch bei der Schenkung unter einer Auflage vorhanden, nämlich daß jede Vertragspartei eine Leistung zu machen habe, daß jede Partei eine Leistung zu empfangen habe und daß die Leistungspflicht einer jeden Partei von dem Vollzug der Leistung der anderen Partei abhängig sei. Wenn die Auflage die ganze Schenkung erschöpfe, so gebe es nichts, worin sich die Schenkung unter

[45]) Planck, Anm. I 3a zu § 107 S. 244; Dernburg, § 120 II 2 S. 358; Crome, § 83 II 1 Anm. 18 S. 365; Rehbein, Vorbem. C I 3a zu §§ 104—115 S. 106; Loewenwarter zu § 107 S. 70; v. Tuhr II 1 § 59 Anm. 38 S. 340 u. a.

[46]) S. 259.

einer Auflage von einem entgeltlichen Geschäft unterscheide[47]). Wenn dagegen die Auflage nicht die ganze Schenkung erschöpfe, so sei das Geschäft teilweise entgeltlich (soweit die Leistung der Auflage reicht), im übrigen unentgeltlich[48]). Demnach bedarf ein Minderjähriger insoweit, als die Auflage reicht, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, für den unentgeltlichen Teil jedoch nicht.

Dies Resultat ist unhaltbar. Der ganze Vertrag ist als Einheit gewollt, als Einheit aufzufassen, und es geht nicht an, bezüglich der Frage der Entgeltlichkeit eine Ausnahme zu machen. Das Rechtsgeschäft ist entweder entgeltlich oder unentgeltlich; ein Drittes gibt es nicht. „Nur eine einheitliche Entscheidung ist brauchbar"[49]).

Es muß demnach nach einer anderen Konstruktion gesucht werden.

Zunächst ist festzustellen, daß schon das römische Recht die donatio sub modo als „donatio" bezeichnet und daß das heutige Recht nicht nur durch Verwendung des technischen Ausdruckes „Schenkung", sondern auch durch Anwendung der Schenkungsregeln auf die Schenkung unter einer Auflage zum Ausdruck bringt, daß dieses Geschäft zu den unentgeltlichen zu rechnen ist. Es ist trotz der Auflage die ganze Zuwendung, nicht etwa nur der durch jene nicht aufgezehrte Teil ihres Wertes als Geschenk, mithin als unentgeltliche Zuwendung anzusehen[50]). Maßgebend ist, daß bei der Schenkung unter einer Auflage die Verknüpfung der beiden Leistungen eine andere ist als bei den entgeltlichen Rechtsgeschäften. Bei diesen gewähren beide Parteien Leistungen, die das zur Zeit ihnen gehörende Vermögen berühren; die Leistungen stehen einander als gleichwertige gegenüber. Bei den unentgeltlichen Rechtsgeschäften dagegen leistet entweder der eine überhaupt nicht (die reine Schenkung), oder die Verpflichtung des einen Teils gewinnt erst durch die Zuwendung des anderen rechtliche Wirksamkeit; sie soll aus den Mitteln der Leistung des einen Teils bewirkt werden. Die Auflage steht eben der Zuwendung nicht selbständig gegenüber, sondern enthält nur eine Minderung, eine Einschränkung der Zuwendung. Sie kann nur aus ihr entnommen werden, nicht in einer davon unabhängigen Leistung bestehen[51]). Sie ist eine Gegenleistung, welche kein Entgelt, sondern lediglich eine Verminderung des Wertes der Schenkung darstellt. Sie dient zur Erfüllung eines Nebenzweckes der Leistung, während eine entgeltliche Gegenleistung die Erfüllung des Hauptzweckes der Leistung bildet. Die Auflage ist also kein Gegenwert für das Empfangene und steht der Unentgeltlichkeit daher nicht im Wege. Dies Ergebnis wird auch durch die Bestimmung des Gesetzes gestützt, das

---

47) Höniger, S. 262.

48) Höniger, S. 170.

49) Endemann, § 164 Anm. 23 Abs. 2 S. 1029.

50) Oertmann, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, S. 51.

51) Oertmann, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, S. 53; Haymann, S. 124.

dem Beschenkten das Recht zuspricht, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen ist. § 526. Also selbst dann wird der Schenkungscharakter nicht aufgehoben, wenn die Auflage die Schenkung übersteigt.

Auch das Reichsgericht[52]) vertritt denselben Standpunkt, wie eben entwickelt.

Es ist also soeben festgestellt, daß die Schenkung unter einer Auflage zu den unentgeltlichen Geschäften zu rechnen sei und daß die Auflage der Zuwendung nicht selbständig gegenübersteht, sondern nur eine Minderung, eine Einschränkung der Zuwendung enthält. Immerhin besteht aber doch die Verpflichtung des Minderjährigen, die Auflage zu erfüllen. Wie ist diese Verpflichtung zu bewerten? Hier ist zu unterscheiden: soll von der Substanz der geschenkten Sache ein Teil als Auflage weggegeben werden, so daß also die Auflage dem Geschenk gegenüber nicht ein aliud, sondern ein minus enthält, so kann diese Verpflichtung m. E. die Lukrativität nicht ausschließen. Das Ganze ist als Einheit gewollt[53]), und es ist demnach auch das Ergebnis der Einheit zu betrachten und nicht die Teile der Einheit. Der Endzweck aber und das tatsächliche endgültige Resultat sind als lediglich rechtlicher Vorteil anzusehen, da ja als Ergebnis der Schenkung unter einer Auflage ein auf den Ueberschuß beschränkter reiner rechtlicher Vorteil für den Minderjährigen übrig bleibt[54]). Hier ist demnach die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.

In allen anderen Fällen aber muß zur Annahme einer Schenkung unter einer Auflage der gesetzliche Vertreter zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit seine Einwilligung erteilen. Das ist besonders dann der Fall, wenn der Minderjährige zur Erfüllung der Auflage verpflichtet wird, ein aliud wegzugeben, mag dieses aliud auch im Verhältnis zu der Schenkung als solcher einen bedeutend geringeren Wert haben. Wenn man hier das Ergebnis betrachtet, so erlangt zwar der Minderjährige endgültig ebenfalls einen Vorteil, aber gleichzeitig hat er auch aus seinem Vermögen etwas hergegeben, mag dies nun so geschehen sein, daß er verpflichtet war, eine in seinem Eigentum befindliche Sache als Erfüllung der Auflage zu verwenden, oder mag es so sein, daß er verpflichtet wird, durch Veräußerung des Geschenkes und eventuelle Neuanschaffung einer andern Sache die Auflage zu erfüllen. In dem ersten Fall gibt er aus seinem Vermögen als der Summe der geldwerten Rechte ein Recht auf, in dem zweiten Falle wird er verpflichtet, zur Erfüllung der Auflage ein anderweitiges Rechtsgeschäft mit allen seinen rechtlichen Nachteilen einzugehen. In beiden Fällen rechtliche Nachteile. Deshalb ist hier die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für erforderlich zu halten.

---

[52]) RG. 60/241.

[53]) Und nach RG. 60/242 ist der Parteiwille maßgebend.

[54]) So auch Oertmann, Anm. 3e β S. 348; Kistemaker, S. 5. Die gegenteilige Ansicht siehe oben § 8 Anm. 45 S. 30.

II. Schenkung eines Grundstücks unter gleichzeitiger Ausbedingung der Bestellung eines dinglichen Rechts an dem Grundstück.

In § 7 II[55]) ist festgestellt, daß ein Minderjähriger grundsätzlich mit dinglichen Rechten belastete Grundstücke ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schenkweise erwerben kann. Hier ist zu untersuchen, ob ein Minderjähriger solche Schenkungen selbständig annehmen kann, durch die er sich verpflichtet, an dem zu schenkenden Grundstück ein dingliches Recht zu bestellen.

Es ist zunächst vom römischen Recht auszugehen.

Hier kam die Bestellung einer Dienstbarkeit bei Gelegenheit der Eigentumsübertragung sehr häufig vor[56]); termini technici sind dafür: deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem. Es konnte jede Servitut bei Gelegenheit der mancipatio oder in iure cessio des Eigentums durch deductio bestellt werden, sowohl Personal- als auch Praedialservitut. Trotz des römisch-rechtlichen Grundsatzes: nulli res sua servit galt die mancipatio deducto usufructu nur als ein Vertrag; sie zerfiel nicht in die Eigentumsübertragung und die nachträgliche Servitutenbestellung[57]), sondern sie war ein einziges Rechtsgeschäft, nämlich eine Eigentumsübertragung zu minderem Recht. Es war eben die deductio servitutis wirklich deductio, nicht constitutio servitutis. Auf eine nähere Begründung hierfür einzugehen, verbieten Zweck und Umfang der Arbeit; ich verweise dafür auf die ausführlichen Darlegungen Iherings in den „Jahrbüchern für Dogmatik"[58]), der nachweist, daß der Eigentümer der Sache, indem er sie aus der Hand entläßt, ihr ihre lex mit auf den Weg gibt, und selbst wenn, wie es bei der mancipatio und in iure cessio der Fall gewesen ist, diese lex formell in den vom Gegner gesprochenen Worten zum Ausdruck kam[59]), galt sie doch als eine lex rei suae dicta, d. h. als eine aus der Machtbefugnis des Eigentümers abgeleitete Verfügung über die Sache, mit der sich der Gegner einverstanden erklärt hatte. Es behält, praktisch gesprochen, eben der Mancipant von dem, was er überträgt, etwas zurück, er zieht etwas ab (deducit), während man rein theoretisch sagen muß, daß der Mancipant schon durch das Hingeben etwas zurückerhalten habe.

Es sind also verschiedene Akte zu einer Einheit verbunden worden. Das römische Recht kannte demnach eine Reihe von Rechtsgeschäften, die aus elementaren Akten so zusammengesetzt waren, daß das Ganze selbst wieder etwas Untrennbares war und nicht nur die bloße Zusammensetzung der einzelnen Teile. Jeder Versuch der getrennten rechtlichen Behandlung entkleidet sie ihres

---

55) Oben S. 24.

56) Z. B. D. VII 1, 32.

57) Endemann II, 2 § 184 Anm. 37 S. 428; Sohm, § 57 Anm. 6 S. 330.

58) Bd. 10 S. 549.

59) „hanc rem meam esse deducto usufructu".

wahren Charakters. Denn der durch sie beabsichtigte Rechtserfolg wird nicht in gleich einfacher Weise zur Entstehung kommen können. Das Ganze ist eben ein novum, das eine Vereinfachung des rechtlichen Gedankens herbeiführt und mehr diktiert ist von der utilitas als von der abstrakten Begriffsjurisprudenz, die gerade umgekehrt stets eine Analysierung der Begriffe erstrebt und eine Zerlegung in einfachste unteilbare Elemente.

Der in der römisch-rechtlichen deductio zum erstenmal hervorgetretene Gedanke der einheitlichen Verbindung verschiedener Rechtsakte ist auch auf das geltende Recht anzuwenden. Dies ist um so leichter, als überhaupt die Rechtsprechung dahin geht, nicht am Buchstaben des Gesetzes zu kleben, sondern unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung der Rechtsnormen und des von den Parteien beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolges eine Lösung strittiger Rechtsverhältnisse zu finden, die dem Interesse der Parteien entspricht.

In Verfolgung dieses Gedankenganges ist auch die schenkweise Uebertragung von Sachen auf Minderjährige mit der Verpflichtung des Minderjährigen, an der zu übertragenden Sache dingliche Rechte bestimmter Art zu bestellen, genau wie im römischen Recht als einheitlicher Rechtsakt zu betrachten. Der Wille der Parteien geht dahin, daß entweder beide Verpflichtungen oder keine von ihnen erfüllt werden sollen. Sie bringen diese Absicht gewöhnlich auch noch dadurch zum Ausdruck, daß sie, soweit rein formelle Handlungen vorzunehmen sind, durch die die beiderseits zugestandenen Rechte ins Leben treten, noch besonders in ihren Vereinbarungen darauf hinweisen, daß keiner der rein formellen Akte ohne den anderen vorgenommen werden soll.

Das OLG. Kolmar hat nun diesen Gedanken und insofern auch den Zweck gesetzlicher Vorschriften verkannt, wenn es in einer seiner Entscheidungen[60]) den als Einheit gewollten Rechtsakt willkürlich in seine Elemente zerlegt und jedes Element so behandelt, als ob es vollständig selbständigen Charakter trüge und mit dem anderen in rein zufälliger loser Verbindung stehe.

Mit Recht ist deshalb dasselbe OLG. Kolmar nach ganz kurzer Zeit[61]) von dieser Ansicht abgegangen und hat in einer neuen Entscheidung[62]) den Standpunkt vertreten, daß Eigentumsübertragung mit gleichzeitiger Bestellung eines Nießbrauches ein für den Minderjährigen rein rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft sei, das deshalb nicht von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig sei.

Wir finden auch hier wieder den bei der Schenkung von mit dinglichen Rechten belasteten Grundstücken vertretenen Gedanken[63])

---

[60]) OLG. 22/160; v. Tuhr II, 1 § 59 Anm. 38a S. 340; Planck, Anm. I 3a zu § 107 S. 244.

[61]) 23. 1. 1911—5. 9. 1911.

[62]) OLG. 24/29.

[63]) § 7 S. 24 ff.

bestätigt, daß ein lediglich rechtlicher Vorteil immer dann vorliege, wenn es ausgeschlossen ist, daß das Vermögen, das der Minderjährige vor der Eingehung des Rechtsgeschäftes besaß, durch einen neuen Rechtsakt in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Denn der Minderjährige erhält durch die Vermögensverschiebung mehr Rechte, als er vorher besaß, aber nicht alle Rechte, die man für gewöhnlich mit der in diesen Rechtsformen vorgenommenen Vermögensübertragung verbindet. Genau so sind auch die Rechtsakte rechtlich zu behandeln, bei denen der Minderjährige selbst im Augenblick der Eigentumsübertragung solche dinglichen Rechte bestellt. (Die Bestellung von Hypotheken durch den Minderjährigen scheidet hier aus, da Hypotheken zu ihrer Entstehung Forderungen voraussetzen, Forderungen an Minderjährige aber stets deren Vermögen belasten und niemals der Ausnahme des § 107 unterstehen können.) Es ist maßgebend, ob der Minderjährige durch den Vertrag als G a n z e s lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt; nicht kommt es darauf an, ob jede einzelne im Vertrag enthaltene Willenserklärung auch für sich allein abgegeben diese Wirkung haben könnte. „Bei dem Gesamteintritt der durch den Vertrag gewollten Rechtswirkungen wird aber der Minderjährige zu dem bisherigen Vermögen das Eigentum an dem mit Nießbrauch belasteten Grundstücke hinzuerworben haben, ohne von den Rechten, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses zustanden, etwas aufgegeben zu haben und ohne mit einer neuen Verpflichtung belastet zu sein. Im Erfolg hat also der Vertrag für den Minderjährigen rechtlich dasselbe Ergebnis, als wenn das Eigentum von vornherein nur mit der Belastung unentgeltlich übergegangen wäre. Der Vertrag hat seiner Gesamtwirkung nach lediglich eine Vermehrung der Rechte des Minderjährigen zur Folge, und somit kann es nicht zweifelhaft sein, daß er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt"[64]). Zwar bringt die Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauches oder eines ähnlichen dringlichen Rechts als solches rechtliche Nachteile und ist zustimmungsbedürftig; im Rahmen des einheitlichen Rechtsaktes ist sie dagegen zustimmungsfrei, da diese Verpflichtung, im Gesamterfolg betrachtet, einen lediglich rechtlichen Vorteil nicht ausschließt.

Diesem Resultat steht auch nicht entgegen, daß, äußerlich und rein formell betrachtet, die Einheit nicht so scharf in Erscheinung treten kann, weil positiv-rechtliche Bestimmungen hindern, daß die Eigentumsübertragung und die Bestellung dinglicher Rechte ebenfalls in einem Akt geschehen. Das Gesetz verlangt materiell und formell zuerst Eintragung des Eigentums für eine Person, bevor diese ein dingliches Recht einem Dritten eintragen lassen kann, so daß stets zuerst Eigentum entstehen muß und dann erst das dingliche Recht. Diese für die Uebersichtlichkeit und Klarheit der vor dem Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen notwendige Trennung hindert aber nicht, daß trotzdem das Ganze nach seinem Rechtserfolg betrachtet werden kann und sogar betrachtet

---

[64]) OLG. 24/29.

werden muß, da sonst der Wille der Parteien, die ja wegen der Vertragsfreiheit nicht an bestimmte Typenverträge gebunden sind, nicht genügend berücksichtigt wird.

§ 9.

d) Schuldübernahme.

Ein Minderjähriger als Gläubiger kann einen Vertrag, durch den ein neuer Schuldner an Stelle des bisherigen eine bestehende Schuld übernimmt, die Schuldübernahme des § 414, ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zweifellos nicht vornehmen, da hier ja auf die zwischen dem minderjährigen Gläubiger und dem Urschuldner bestehende Verbindlichkeit insofern eingewirkt wird, als dem Minderjährigen sein Urschuldner geraubt wird.

Dasselbe ist anzunehmen im Falle des § 415. Hier wird durch Vertrag zwischen dem Urschuldner und einem Dritten vereinbart, daß der Dritte die Schuld übernehmen solle, daß der Dritte an Stelle des Urschuldners Schuldner der alten Obligation sein solle. Diese Vereinbarung enthält aber nach der herrschenden Verfügungstheorie[65]) eine Verfügung über das Forderungsrecht des Gläubigers, da dieses sich in Zukunft statt gegen den alten gegen den neuen Schuldner richten, also verändert werden soll; sie bedarf also wie jede Verfügung der Genehmigung des Berechtigten. § 185. Und diese Genehmigung kann der minderjährige Gläubiger nicht selbständig vornehmen, sondern bedarf dazu der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters, da hier zur Beurteilung der Solvenz des neuen Schuldners doch immerhin ein gewisser Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung nötig ist. Da Minderjährigen aber diese gemeinhin fehlt und sie gegen dieses Fehlen geschützt werden, ist auch bei der Schuldübernahme des § 415, wenn der Minderjährige Gläubiger ist, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für erforderlich zu halten.

Wenn dagegen der Minderjährige Schuldner ist, dann ist nicht einzusehen, weshalb er als Urschuldner im Falle der zwischen ihm und dem übernehmenden Dritten vereinbarten Schuldübernahme zu einer solchen Vereinbarung der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedürfe. Der minderjährige Urschuldner erlangt dadurch lediglich rechtliche Vorteile: er wird frei[66]). Diese infolge der Schuldübernahme eintretende Befreiung verdankt der Urschuldner nicht etwa einer von ihm zu seinen eigenen Gunsten getroffenen Eigenverfügung, sondern es hat lediglich der Gläubiger einen anderen Schuldner bekommen.

In demselben Sinne muß erst recht entschieden werden, wenn die Schuldübernahme durch Vertrag des Gläubigers mit dem Dritten vereinbart wird. Auch hier für den minderjährigen Urschuldner nur Vorteile.

---

[65]) Enneccerus I, 2 § 308 IV S. 264 und die dort Zitierten.

[66]) Henle, § 22 IV 1a S. 165; Strohal, S. 429.

Ist der Minderjährige Uebernehmer, will er also als neuer Schuldner an Stelle des bisherigen eine bestehende Schuld übernehmen, so ist sowohl in dem Falle des § 414 als auch des § 415 dies Rechtsgeschäft nicht als lukrativ anzusehen. Das ergibt sich ohne weiteres aus der Natur des Schuldübernahmevertrages: Aus der Obligation wird der alte Schuldner entlassen und der neue Schuldner tritt als Uebernehmer in sie ein. Und diese Uebernahme kann nie lediglich rechtlich vorteilhaft sein.

§ 10.

3. Uebertragungsgeschäfte.

Die Uebereignung von beweglichen Sachen geschieht nach § 929, 1 durch Uebergabe und Einigung über den Eigentumsübergang. Die Uebereignung als solche, d. h. also Einigung und Uebergabe ist Vertrag[67]). Da sie Vertrag ist, sind auf sie auch die Normen des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden, also auch die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit. Ist bei der Uebereignung auch die Ausnahme des § 107 heranzuziehen, d. h. ist die Uebereignung ein lukratives Rechtsgeschäft, das Verpflichtungen ausschließt? Zweifellos gibt es bewegliche Sachen, mit deren Eigentum Verpflichtungen und eventuell sogar eine weitgehende Hapftpflicht verbunden sind; ich denke dabei z. B. an das Halten eines bissigen Hundes. Diese Wirkungen aber, die das Eigentum als solches äußert, liegen außerhalb des Einflusses des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien und sind deshalb für die Frage, ob eine Willenserklärung lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder nicht, ohne Belang. Sie werden nicht durch die Willenserklärung hervorgebracht und liegen außerhalb des Inhalts des Vertrages. Der Inhalt der Uebereignung ist nur Erwerb des Eigentums.

Es ist für die Frage, ob die Uebereignung als solche dem Minderjährigen lediglich rechtliche Vorteile bringt, auf das Wesen der Uebereignung näher einzugehen. Die Uebereignung ist ein Erfüllungsgeschäft, d. h., sie ist nur daraus zu verstehen, daß sie vorgenommen wird zur Erfüllung einer auf ihre Vornahme gerichteten rechtlichen Verpflichtung[68]); nie wird die Uebereignung vorgenommen, um nur zu übereignen. Da das Erfüllungsgeschäft also zur Erfüllung der seinen Rechtsgrund bildenden Verpflichtung dient, müßte an sich zur Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts erfordert werden, daß der Rechtsgrund besteht, daß die objektive causa vorhanden ist[69]). Diesen Weg jedoch ist das BGB. nicht gegangen. Es sieht von diesem Erfordernis für die Erfüllungsgeschäfte ab, es löst die Erfüllungsgeschäfte von ihrer causa los, es abstrahiert sie von ihr. Wäre dem nicht so, wäre z. B. die Uebereignung als Hauptfall der Erfüllungsgeschäfte causal, dann könnte der Leistende

---

[67]) Wolff, Sachenrecht, § 66 I, 1 S. 199.

[68]) Henle, § 21 III 1a S. 145.

[69]) Henle, § 21 III 1b S. 147.

bei irgendeinem Mangel des rechtlichen Grundes, der causa, das Geleistete nach § 985 als Eigentümer zurückfordern, und § 812 wäre dann überflüssig. Da die Uebereignung aber als abstrakt angesehen wird, erwirbt der Empfänger an dem Geleisteten trotz mangelnden Rechtsgrundes Eigentum, und § 812 gibt dem, der grundlos übereignet hat, zum Ausgleich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübereignung.

Die Erfüllungsgeschäfte also sind abstrakt; insbesondere ist die Uebereignung als abstrakter Vertrag[70]) von dem Bestehen der Verpflichtung zur Uebereignung losgelöst. Die rechtliche Folge hiervon ist aber, daß Eigentum übergeht, gleichgültig, ob die causa wirksam ist oder nicht. Da aber hier bei der Uebereignung der Eigentumserwerb als solcher nur Rechte bringt, ist die Uebereignung als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen[71]).

Ebenso wie für Mobilien muß nun auch für Immobilien entschieden werden. Hier vollzieht sich der Eigentumsübergang durch Einigung und Eintragung. Beides zusammen ist auch hier als abstrakter Vertrag[72]) anzusehen und ebenfalls als lediglich rechtlich vorteilhaft. Der Lukrativität des Eigentumsüberganges von Grundstücken steht nicht entgegen, daß mit ihm zugleich öffentliche Lasten übernommen werden (siehe oben Seite 23). Ich möchte mich deshalb der herrschenden Meinung[73]) anschließen, daß ein Minderjähriger selbständig die Auflassung entgegennehmen kann, so daß er also auch an Grundstücken Eigentum erwerben kann.

Die Uebereignung von Mobilien und Immobilien ist demnach lukrativ.

Eine weitere Form der Uebertragung ist neben der Uebereignung noch die Forderungsabtretung. Auch sie ist abstrakter Vertrag; die Vereinbarung über den Zweck bildet keinen Teil des Zessionsvertrages[74]). Und da nach § 398 die Forderung mit dem Abschluß des Abtretungsvertrages auf den neuen Gläubiger übergeht und dieser an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, muß man auch den Zessionsvertrag als lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen ansehen, da er durch den Vertrag nur Rechte erwirbt, nämlich die Forderung gegen den Schuldner[75]).

Ist dagegen der Minderjährige Uebertragender, bedarf er zur Wirksamkeit eines solchen Uebertragungsgeschäftes der Zu-

---

[70]) Oben Anm. 67.

[71]) Der Minderjährige wird daher Eigentümer des Geldes, das ihm als Darlehn gegeben ist, obwohl seine Darlehnsschuld mangels Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht entsteht.

[72]) Wolff, Sachenrecht, § 38 II S. 101.

[73]) v. Tuhr II, 1 § 59 IV S. 340; RG. Räte, Anm. 2 zu § 107 S. 143; Loewenwarter zu § 107 S. 71; Planck, Anm. I 3d zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 430; Oertmann, Anm. 3e γ zu § 107 S. 348; OLG. 18/212.

[74]) Enneccerus I, 2 § 302 I, 2 S. 242.

[75]) RG. Räte zu § 107 Anm. 2 S. 143.

stimmung seines gesetzlichen Vertreters. Denn er gibt durch die Uebertragung seine ihm bisher zustehenden Rechte auf, und das ist kein lediglich rechtlicher Vorteil.

4. Aufhebungsgeschäfte.

§ 11.

a) Erfüllung.

Im Anschluß an § 10 ist für die Uebereignung festzuhalten, daß die Uebereignung niemals Selbstzweck ist, sondern nur Mittel zum Zweck. Sie ist dazu bestimmt, einem ihr zugrunde liegenden Geschäft zur Realisierung zu verhelfen. (Grundgeschäft, Kausalgeschäft.) Die Kausalgeschäfte sind ihrer juristischen Natur nach obligatorische Geschäfte und tragen als solche in sich als Zweck ihren Untergang. Die normalste Art des Unterganges ist aber die Erfüllung.

Erfüllung ist die unmittelbare Tilgung der Schuldverpflichtung durch Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger.

Nicht interessiert hier der Fall, wenn die Leistungspflicht in einem Unterlassen oder in einer der Mitwirkung des Gläubigers nicht bedürftigen faktischen Dienstleistung besteht, da diese Fälle ja keine Uebereignung im Gefolge haben[76]).

Hier ist vielmehr zu untersuchen, wie die Erfüllung, wenn sie in der Uebertragung des Eigentums besteht, dadurch beeinflußt wird, daß die Uebereignung an einen Minderjährigen erfolgt.

Eine solche Erfüllung ist ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag, durch den der Schuldner anbietet und die geschuldete Leistung bewirkt, der Gläubiger sie empfängt und als Erfüllung annimmt. Daß der Schuldner leistet, bedarf keiner Begründung. Zweifelhaft könnte es sein, ob auch der Gläubiger leistet. Die Rechtslage ist doch so, daß der Gläubiger gegen den Schuldner einen Anspruch, ein Forderungsrecht auf die Leistung des Schuldners hat, und dadurch, daß der Schuldner leistet und der Gläubiger diese Leistung als Erfüllung annimmt, gibt der Gläubiger sein gegen den Schuldner gerichtetes Forderungsrecht auf. Daß die Aufgabe schon allein in der Erklärung der Annahme liegt und sofort kraft Gesetzes eintritt, ändert an dem Vorhandensein der Aufgabe des Rechts, der Leistung des Gläubigers, nichts. Oertmann[77]) verneint nun das Vorhandensein irgendwelcher Leistungen des Gläubigers. Dem ist nicht beizupflichten. Oertmann behauptet, daß ein Gegenübertreten zweier Leistungen durchaus fehle; dem Empfänger liege hier keinerlei weitere Tätigkeit ob, weder solvendi noch condicionis implendae causa hat er noch irgend etwas zu leisten. Das Frei-

[76]) Hier hat die Erfüllung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter. Der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Schuldners ist hier kein Hindernis für den Eintritt des Erfüllungserfolges.

[77]) Entgeltliche Geschäfte, S. 89.

werden des Schuldners sei eine selbstverständliche Konsequenz der Erfüllung und sei mit ihrem Begriff von vornherein gegeben. Dagegen ist zu sagen, daß ja gerade die Annahme als Erfüllung der vom Gläubiger vorgenommene Rechtsakt ist, ohne die ja die Leistung überhaupt nicht als Erfüllung zu betrachten ist. Es bedarf eben, damit die Leistung des Schuldners Erfüllung sei, nicht bloß des Konsenses, der zum Tatbestand der Uebereignung gehört, sondern auch außerdem des Konsenses darüber, daß diese Leistung erfüllungshalber (um eine bestimmte Schuld zu tilgen) vor sich gehe. Die bloße Uebereignung befriedigt den Gläubiger nicht. Durch den Vertrag über die Erfüllungswirkung verfügt der Gläubiger über seine Forderung, und hierzu ist Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nötig. Der Untergang der Forderung ist kein rechtlicher Vorteil; die Annahme als Erfüllung ist einwilligungspflichtig[78]).

Oertmann[79]) als, soweit ich sehe, einziger Schriftsteller steht nun auf dem Standpunkt, daß ein Minderjähriger zur Annahme einer ihm geschuldeten Leistung niemals der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfe. Er erkennt als richtig an, daß der Minderjährige durch sie seinen bisherigen Anspruch verliere; aber indem dieser nur auf die Vornahme der jetzt gemachten Leistung gerichtet war, gibt deren tatsächlicher Vollzug ihm nichts als ein rechtliches Plus gegenüber dem bisherigen Zustande: plus est in re quam in obligatione. Gerade dieser von Oertmann zitierte Satz läßt den Fehler seiner Beweisführung erkennen. Er bewertet die Sache selbst höher als die Verpflichtung, dies aber vom rein wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus und nicht vom rechtlichen. Das ist m. E. falsch. Es kommt nicht darauf an, ob der Minderjährige durch die Annahme der Zahlung gegenüber dem bisherigen Zustand ein Plus erlangt, sondern darauf, ob er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Und das ist doch der Verlust der Forderung nicht. Im übrigen gibt auch Oertmann selbst zu, daß der Minderjährige einen Anspruch verliere.

Ich komme demnach zu folgendem Resultat: die Uebereignung an einen Minderjährigen ist lukrativ, die Annahme als Erfüllung ist nicht mehr lukrativ; sie bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[80]). Genehmigt dieser nicht, hat der Minderjährige die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. (Diese Verpflichtung kann nicht die Lukrativität der Uebereignung berühren, denn sie gehört ja nicht zum Inhalt des Uebereignungsvertrages.)

Es sei mir erlaubt, eine praktische Konsequenz aus dem in

---

[78]) Henle, § 22 IV 1a S. 165; v. Tuhr II, 1 § 59 IV S. 341; Lehmann, § 28 A III 2a S. 164/5; Planck, Anm. I 3b zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 430; Enneccerus I, 1 § 142 II 1a S. 369; RG. 68/270.

[79]) Anm. 3e κ S. 349.

[80]) Das römische Recht hat das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers ausdrücklich festgelegt: pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest in D. XLVI 3, 15.

diesem Paragraphen Dargelegten zu ziehen, die auf den ersten Blick vielleicht etwas eigentümlich berührt, die aber doch nur die konsequente Durchführung des Gedankens ist, daß die Erfüllung nicht lukrativ ist.

Der Minderjährige kann sich eine Handschenkung machen lassen. Das ist oben ausführlich nachgewiesen. Ebenso kann er auf ein Versprechen, ihn zu beschenken, eingehen. Auch hier keine rechtlichen Nachteile. Wie aber, wenn dies Schenkungsversprechen erfüllt werden soll, d. h., wenn der zu schenkende Gegenstand übereignet wird? Ist da die Erfüllung ebenfalls lukrativ? Nach Oertmann wäre dies wie bei jeder Erfüllung zu bejahen. Ich möchte aber, in konsequenter Durchführung der oben entwickelten Gedanken, sagen, daß die Uebereignung zwar lukrativ sei, also nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf, daß aber dennoch das Schenkungsversprechen bei Nichtzustimmung des gesetzlichen Vertreters noch nicht erfüllt sei. Meist wird nun ja der gesetzliche Vertreter zustimmen. Wie, wenn er dies nicht tut? Dann muß man für den Minderjährigen nach wie vor seine Forderung gegen den Schenkungsversprecher bestehen lassen, aber letzterer kann nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung das Geleistete herausverlangen. Ist der Minderjährige nicht mehr bereichert, hat er z. B. die Flasche Sekt ausgetrunken oder die 10 000 Mark ausgegeben, ohne dadurch etwas erspart zu haben, dann muß der Schenkungsversprecher, weil sein Schenkungsversprechen nicht erfüllt ist, noch einmal leisten. Der Grund hierfür liegt darin, daß ein Minderjähriger eine geschuldete Leistung nicht selbständig als Erfüllung annehmen kann, da ja die Erfüllung nicht als lukrativ anzusehen ist. Das Schutzprinzip, das für die Minderjährigen aufgestellt ist, erfordert es hier, den Minderjährigen mehr zu schützen als den Schenkungsversprecher. Mag es vielleicht auch auf den ersten Blick etwas eigenartig berühren, den Schenkungsversprecher bei Nichtzustimmen des gesetzlichen Vertreters die Flasche Sekt oder die 10 000 Mark noch einmal leisten zu lassen, so wird doch dieses Resultat dem Gedanken des Gesetzes, das Vermögen des Minderjährigen in seinem Bestande zu erhalten und zu schützen, gerecht. Und sich über die Rechtsordnung als solche oder sogar über die ratio des Gesetzes hinwegzusetzen, ist verwerflich. Deshalb ist es auch nicht möglich, dem Schenkungsversprecher etwa gar mit dem sonst nur allzu oft und gern zitierten § 242 zu helfen. Selbst § 819 I versagt hier: denn es ist anerkannte Meinung, daß § 819 für beschränkt Geschäftsfähige nicht anwendbar ist[81]). Es muß schon dabei bleiben, daß, wenn der gesetzliche Vertreter die Zuwendung, die verbraucht ist, ohne daß eine Bereicherung vorhanden ist, nicht als Erfüllung ansieht, sondern nunmehr Erfüllung des Schenkungsversprechens fordert, der Schenkungsversprecher

---

[81]) Loewenwarter, Bd. 3 zu § 819 S. 445; Warneyer, Rechtsprechung, 1917 Nr. 70 S. 23; Jur. Wochenschr. 1917 S. 465; a. A. nur v. Tuhr II, 1 § 59 X 5 S. 365.

eben noch einmal leisten muß[82]). Das gebieten Rechtssicherheit und das für Minderjährige allein maßgebende Schutzprinzip.

§ 12.

b) Andere Aufhebungsgeschäfte.

Die Erfüllung ist nun nicht die einzige Form der Aufhebung eines Schuldverhältnisses; auch der Erlaß ist ein Endigungsgrund. Der Erlaß ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den eine Forderung aufgehoben wird. § 397 I. Nach dem Schuldverhältnis hätte der minderjährige Schuldner zu leisten gehabt. Auf dieses sein Forderungsrecht verzichtet zufolge des Erlaßvertrages der Gläubiger. Da der Erlaßvertrag Vertrag ist, genügt zur Aufhebung der Forderung eine einseitige Erklärung des Gläubigers nicht, sie muß vielmehr von dem Schuldner auch angenommen sein[83]). Und da durch die Annahme des Erlaßvertrages der minderjährige Schuldner nicht zu leisten braucht, da er von einer Verbindlichkeit befreit wird, kann er einen Erlaßvertrag selbständig ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters annehmen; die Annahme bringt ihm lediglich rechtliche Vorteile; sie ist lukrativ[84]).

Ebenso kann der minderjährige Schuldner einen Verzicht auf alle die Einzelrechte des Gläubigers innerhalb eines Vertrages annehmen, die verzichtbar sind. Sie im einzelnen aufzuführen, würde über Zweck und Rahmen der Arbeit hinausgehen. Ich verweise auf die eingehenden Untersuchungen Walsmanns „Der Verzicht", S. 236 ff., wo die einzelnen Rechte daraufhin geprüft werden, ob sie verzichtbar sind oder nicht.

Daß der Minderjährige, wenn er Gläubiger ist, nicht selbständig erlassen und verzichten kann, bedarf keiner näheren Begründung.

Neben diesen beiden hauptsächlichsten Arten der Aufhebungsgeschäfte[85]) gibt es noch einige andere, auf die hier nur kurz einzugehen ist, da bei ihnen der Ausschluß der Lukrativität ohne weiteres sofort erkennbar ist. So kann der Minderjährige nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einen Vertrag

---

[82]) Nur in ganz besonders gelagerten Fällen, z. B. bei vorhandener Böswilligkeit des Minderjährigen reicht bei vorhandener Deliktsfähigkeit ein Schadensersatzanspruch aus § 826 aus. Loewenwarter, Bd. 3 zu § 819 S. 445.

[83]) Diese Annahme kann, wie Walsmann S. 232 nachweist, auch durch Stillschweigen des Schuldners nach § 151 geschehen.

[84]) So auch die herrschende Meinung: v. Tuhr II, 1 § 59 IV S. 340; RG. Räte, Anm. 2 zu § 107 S. 143; Planck, Anm. I 3a zu § 107 S. 244; Staudinger, Anm. 3 zu § 107 S. 430 u. a.

[85]) Henle, § 25 I, 2 S. 194/195 teilt die Verfügung folgendermaßen ein: die Verfügung zerfällt in Umgestaltung und Veräußerung, die Veräußerung in Uebertragung und Aufhebung, die Uebertragung in Einzelübertragung und Gesamtübertragung, die Aufhebung in Einziehung und Preisgabe.

kündigen oder widerrufen[86]); denn aus der Kündigung, dem Widerruf können sich auf Grund des zu kündigenden Rechtsverhältnisses Verpflichtungen ergeben, so z. B. §§ 627 II, 649, 671, und im übrigen sind die Kündigung und der Widerruf als Verfügungen anzusehen; denn durch sie wird auf den Bestand eines Rechts unmittelbar eingewirkt[87]), und Verfügungen kann der Minderjährige nicht selbständig vornehmen, da jede Verfügung ihm rechtliche Nachteile bringt. Aus demselben Gesichtspunkt heraus kann auch ein Minderjähriger nicht selbständig aufrechnen. Ebensowenig ist er zur Dereliktion ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters imstande[88]). Denn die in der Dereliktion enthaltene Willenserklärung, das Eigentum aufgeben zu wollen, bringt ihm niemals lediglich rechtliche Vorteile.

§ 13.

5. Sicherungsgeschäfte.

I. Streng zu unterscheiden von der im § 9 der Arbeit behandelten Schuldübernahme ist die sogenannte kumulative Schuldübernahme, die Schuldmitübernahme. Auch sie kann durch Vertrag mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner erfolgen. Ist der Gläubiger minderjährig und wird die Schuldmitübernahme diesem gegenüber erklärt, so bedarf der minderjährige Gläubiger zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht[89]). Denn es wird hier weder über seine Forderung in irgendeiner Weise verfügt, noch erlangt er irgendwelche sonstigen rechtlichen Nachteile. Der Beitretende übernimmt die Schuld als eigene, will also zwar neben dem Schuldner, aber unabhängig von dessen Schuld haften. Die im § 426 kraft Gesetzes erfolgende Uebertragung des dem Gläubiger zustehenden Anspruchs auf den leistenden Gesamtschuldner kann auch nicht als Nachteil gewertet werden; denn sie erfolgt ja kraft Gesetzes und ist keine Leistung des Gläubigers.

Ebenso liegt es, wenn die Schuldmitübernahme durch Vertrag des Beitretenden mit dem Schuldner erfolgt. Dann liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich des minderjährigen Gläubigers vor. Der Minderjährige also wird unmittelbar berechtigt. Ein rechtlicher Nachteil kann nicht gefunden werden. Selbst darin, daß eventuell eine neue Aufrechnungsmöglichkeit gegen den minderjährigen Gläubiger entsteht, kann kein rechtlicher Nachteil erblickt werden; denn der Minderjährige kann sich ja dagegen durch Zurückweisung schützen. § 333.

Ein Minderjähriger als Gläubiger kann demnach selbständig ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters die Schuldmitüber-

---

[86]) Planck zu § 107 Anm. I 3b S. 244.
[87]) Henle, § 25 I, 1 S. 193; RG. Räte, Vorbem. vor § 104 Anm. 7 S. 134.
[88]) Wolff, Sachenrecht, § 78 II 1a S. 244.
[89]) Reichel, S. 334.

nahme, sofern der Minderjährige dafür nicht irgendein Entgelt zu zahlen hat, annehmen.

Wie liegt es nun, wenn nicht, wie eben behandelt, der Gläubiger minderjährig ist, sondern der Urschuldner? Auch hier ist Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht zu fordern[90]). Denn der minderjährige Urschuldner wendet ja durch Annahme der Erklärung, daß neben ihm noch ein Dritter haften wolle, aus seinem Vermögen nichts zu, weder dem Dritten noch dem Gläubiger. Er erleidet daher durch den Vertragsschluß und infolge desselben keinen Rechtsnachteil. Voraussetzung ist auch hier, daß die Schuldmitübernahme unentgeltlich erfolgt und nicht im Rahmen eines zwischen Urschuldner und Dritten geschlossenen gegenseitigen Vertrages (zumeist Kauf).

II. Während bei dem Schuldbeitritt der Beitretende eine Schuld neben dem bisherigen Schuldner als e i g e n e übernimmt, übernimmt der Bürge die Haftung für eine f r e m d e Schuld; er will für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners einstehen, er will also eine von der Hauptschuld dauernd abhängige Verbindlichkeit eingehen. Der Bürgschaftsvertrag wird nun, da sich der Bürge verpflichtet, dem Gläubiger für die Schuld des Hauptschuldners einzustehen, regelmäßig zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger abgeschlossen[91]). Wenn dabei nun der Gläubiger minderjährig ist, erlangt er, wie wohl nicht näher auszuführen ist, dadurch einen lediglich rechtlichen Vorteil, nämlich neben seiner ursprünglichen Forderung gegen den Hauptschuldner nunmehr noch die Verpflichtung des Bürgen, für die Erfüllung dieser Schuld des Hauptschuldners einstehen zu wollen. § 774 kommt dabei ebensowenig in Betracht wie § 426 bei der Schuldmitübernahme.

§ 14.

B. Für den Minderjährigen indifferente Geschäfte.

Während im vorigen Abschnitt A die Rechtsgeschäfte betrachtet worden sind, die die eigene vermögensrechtliche Sphäre des Minderjährigen betreffen, bleibt nunmehr noch zu erörtern, wie es um die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen bestellt ist, wenn seine Handlung gar nicht seinen Interessenkreis gefährden kann, sondern nur die Interessen dritter Personen berührt. Es handelt sich hier um Rechtsgeschäfte, die, ohne dem Minderjährigen einen rechtlichen Vorteil zu bringen, keinerlei nachteilige Wirkungen auf sein Vermögen ausüben. Solche Rechtsgeschäfte möchte ich „für den Minderjährigen indifferente Geschäfte" nennen. Der Minderjährige ist hier an seiner eigenen Handlung rechtlich uninteressiert; daher kann ihr Inhalt auch keine Gefahren für ihn bergen; und ausgehend von dem Prinzip, das dem § 107 zugrunde liegt, — dem Schutzprinzip — ist hier ein

[90]) Reichel, S. 334.

[91]) Enneccerus I, 2 § 411 I, 3 S. 562.

Schutz für den Minderjährigen unnötig[92]). Weil der Minderjährige nicht geschützt zu werden braucht, entfällt das Zustimmungserfordernis, wenn der Geschäftsbeschränkte als Vertreter eines Dritten handelt, § 165; ebenso muß man aber auch dann nach der ratio legis entscheiden, wenn der Minderjährige Rechtsgeschäfte, die seine Rechtssphäre gar nicht betreffen, vornimmt, ohne daß das Gesetz darüber ausdrückliche Bestimmungen trifft, so z. B., wenn es ihm überlassen ist (§§ 317, 318), den Leistungsinhalt eines zwischen anderen Personen geschlossenen Vertrages zu bestimmen[93]), oder wenn er nach § 616 Abs. 2 darüber entscheiden soll, ob eine innerhalb der Frist erfolgte Bewerbung der Ausführung entspricht, bzw. welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient[94]). Wenn Schollmeyer[95]) die Zustimmungsfreiheit solcher Erklärungen unmittelbar aus § 107 herleiten will, so ist ihm darin wohl nicht beizupflichten; denn § 107 bezieht sich nur auf solche Akte, an denen der Minderjährige bzw. sein Vermögen überhaupt rechtlich interessiert sind. Wäre dem nicht so, würde § 165 überflüssig sein.

§ 15.

C. Familien- und erbrechtliche Geschäfte.

Aus der Natur des familien- und erbrechtlichen Verhältnisses und den sich daran knüpfenden Folgen ergibt sich, daß hier eine größere Würdigung des einzelnen als Persönlichkeit erfolgen muß, daß man die Vorschriften, wie sie auf dem Gebiete des Vermögensrechts zum Schutze der Jugendlichkeit und der weniger ausgebildeten Verstandesreife durchaus am Platze sind, nicht ohne weiteres auf familien- und erbrechtliche Verhältnisse übertragen kann. Hier tritt der eine dem anderen im Eltern- oder Kindesverhältnis oder sonst in verwandtschaftlicher Beziehung gegenüber; es muß naturgemäß dem persönlichen Gefühl des einzelnen weit mehr Rechnung getragen werden als im Vermögensrecht, wo es sich mehr oder weniger ausschließlich um eine gerechte Abwägung der geldwerten Interessen der Parteien gegeneinander handelt. Es erscheint daher auch durchaus gerechtfertigt, im Familien- und Erbrecht von den allgemeinen Bestimmungen abweichende Vorschriften zu treffen. So gilt denn auch § 107 für eine große Anzahl von speziell im Gesetz aufgeführten familien- und erbrechtlichen Geschäften überhaupt nicht: diese Geschäfte sind zustimmungsfrei. Ich verweise auf die §§ 1336 I, 1337 III, 1358 III, 1595 I, 1598 III, 1748 II, 1755, 2229 II, 2282, 2290, 2347 II u. a. Das sind jedoch Sonderbestimmungen. Soweit diese sich nicht finden, unterstehen auch familien- und erbrechtliche Geschäfte dem

---

92) Breit, S. 19.

93) Ebenso v. Tuhr II, 1 § 59 IV S. 341.

94) Breit, S. 19.

95) Anm. 1 S. 181 zu § 318.

§ 107, jedoch nur in seiner positiven Seite, der Zustimmungsbedürftigkeit[96]). Familienrechtliche Akte nach dem Gesichtspunkt des lediglich rechtlichen Vorteils zu bewerten, würde unserem sittlichen Empfinden widersprechen[97]). Der Begriff „rechtlicher Vorteil" ist gleichbedeutend mit „vermögensrechtlicher Vorteil"; außerhalb der Sphäre des Vermögensrechts hat demnach die Ausnahme des § 107 überhaupt keine Geltung, es darf daher bei der Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit auf ihn auch nicht Bezug genommen werden[98]). Wenn Crome[99]) sagt: „Bei nicht vermögensrechtlichen Geschäften bedarf es der näheren Ermittlung ihres rechtlichen Inhalts; z. B. ist das Verlöbnis kein Geschäft, welches dem Abschließenden nur rechtliche Vorteile bringt," so ist eine solche Argumentation wenig anmutend. Sieht man mit der herrschenden Meinung[100]) das Verlöbnis als einen schuld- und familienrechtlichen Vertrag an, so ist es nicht deshalb zustimmungsbedürftig, weil es nicht lediglich vorteilhaft für den Abschließenden ist, sondern weil es ein rein familienrechtliches Geschäft ist und die Zustimmungsfreiheit nicht ausdrücklich statuiert ist. Und was für das Verlöbnis gilt, gilt auch für andere familien- und erbrechtliche Geschäfte. Ich komme deshalb zu folgendem Schluß: die Zustimmungsbedürftigkeit des § 107 gilt auch für die nicht vermögensrechtlichen Erklärungen[101]) (soweit nicht im Familien- und Erbrecht Sonderbestimmungen bestehen). Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils dagegen ist nicht für familien- und erbrechtliche Geschäfte heranzuziehen.

---

[96]) Das ist in mehreren Entscheidungen ausdrücklich für das Verlöbnis entschieden: RG. 61/269; Gruch. Beitr., Bd. 50 Nr. 94 S. 994 ff.; Loewenwarter zu § 1297 S. 5. Ebenso bedarf der Minderjährige zur Annahme einer Erbschaft der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; denn mit der Annahme ist ja auch die Verpflichtung zur Zahlung der Erbschaftsschulden verbunden, §§ 1946 u. 1967 ff. (v. Tuhr II, 1, § 59 IV S. 339). Dasselbe gilt auch von der Ausschlagung der Erbschaft; denn die Ausschlagungserklärung beraubt den vorläufigen Erben der Erbschaft (Kipp, Erbrecht, § 53 III S. 157).

[97]) Oertmann, Anm. 3b zu § 107 S. 347: Bei familienrechtlichen Verträgen fallen Recht und Pflicht überall zusammen, kein Akt des reinen Familienrechtes dient seiner Idee nach ausschließlich einer egoistischen Interessenbetätigung; es würde zum mindesten unserem sittlichen Empfinden widersprechen, ihn unter dem Gesichtspunkt des ausschließlichen rechtlichen Vorteils zu betrachten.

[98]) Breit, S. 191.

[99]) § 83 II, 2 Anm. 19 S. 365.

[100]) Literatur siehe bei Martin Wolff, Familienrecht, § 4 Anm. 1 S. 16.

[101]) KGE., Bd. 40/12 a. E.

Es ist mir ein Bedürfnis, an dieser Stelle den Dozenten, die mich während meines Studiums gefördert haben, und besonders Herrn Professor Dr. Henle für seine liebenswürdige Anteilnahme an vorliegender Arbeit meinen geziemenden Dank auszusprechen.

MEISSNER & WERMKE GMBH
Graphische Kunstanstalt
Berlin SO 16 / Melchiorstraße 23